

PUBBLICAZIONE BIMESTRALE ANNO XXIX
N. 4-5 LUGLIO-OTTOBRE 2013

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

Rivista fondata da Francesco Galgano

- **“Principi fondamentali” e diritto contrattuale europeo**
- **Fatto illecito e contratto illecito**
- **Nomofilachia**
- **Contratto**
autonomia privata e buona fede;
hardship clause;
rimedi contro l'inadempimento
- **Nuovi beni**
- **Società**
sistema dualistico nelle s.r.l.;
operazioni straordinarie tra imprese
- **Crisi d'impresa**
concordato con continuità aziendale
- **Associazione in partecipazione e contratto di lavoro subordinato**
- **Avvocati**
patto quota lite;
associazioni e società tra avvocati
- **Mediazione**
mediazione e condominio

CEDAM

Nuovi beni tra funzione e dogma

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Art. 810 c.c. e definizioni classiche. – 3. Distinzione tra bene in senso giuridico e bene in senso economico. – 4. Non escludibilità nel consumo e disciplina dei beni pubblici. – 4.1. Etere per trasmissioni radio-televisive. – 4.2 Risorse idriche. – 5. Il rilievo della destinazione nelle categorie di beni del Codice civile. – 6. (*segue*) Rilievo della destinazione e disciplina dell'azienda. – 7. La definizione di rifiuto: l'utilizzo del bene. – 8. Il Codice dei beni culturali e del paesaggio: formalizzazione normativa di un diverso procedimento qualificatorio. – 9 Irrilevanza della titolarità del diritto nella qualificazione dei nuovi beni.

1. – È tema corrente della dottrina attuale interrogarsi sulla disciplina applicabile ai c.d. nuovi beni ⁽¹⁾ e sulla eventuale sopravvivenza delle regole dettate dal codice civile in epoche ormai remote. La stessa locuzione utilizzata lascia intendere la percezione di sopraggiunte esigenze di protezione e/o l'emergere di nuovi interessi da tutelare. Ciò che resta sullo sfondo è la collocazione da attribuire ad essi nel sistema di qualificazione giuridica dei beni, come dettato dall'art. 810 c.c., e cioè la risoluzione dei dubbi relativi alla possibilità che tali beni rappresentino autonome categorie dotate di una propria regolamentazione o, al contrario, che debbano essere inseriti appieno nel sistema di oggettivazione giuridica tradizionale sì da influenzarne la disciplina complessiva. Non è certo questa la sede per tentare di dare una risposta a simili interrogativi, risposta che necessita in certa misura di una sedimentazione delle discipline e del pensiero. Del resto anche la stessa nozione di bene quale categoria generale ⁽²⁾ e la sua autonomia sono

⁽¹⁾ Cfr., senza pretesa di completezza, A.M. GAMBINO, *Diritto d'autore e nuovi processi di patrimonializzazione*, in *Dir. ind.*, 2011, p. 114 ss.; C.M. CASCIONE, *Garanzie e "nuovi beni". Sulla collateralization di nomi di dominio, pagine web, banche dati*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 69 ss.; D. MESSINETTI, *Per un'ecologia della modernità: il destino dei concetti giuridici. L'apertura di R. Nicolò a situazioni complesse*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 23 ss.; G. RESTA, *Diritti esclusivi e nuovi beni immateriali*, Torino, 2010, p. 21 ss.; P. D'ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Napoli, 1999, *passim*; G. DE NOVA, *I nuovi beni come categoria giuridica*, in G. DE NOVA, B. INZITARI, G. TREMONTI, G. VISENTINI, *Dalle res alle new properties*, Milano, 1991, p. 13 ss.

⁽²⁾ V., sull'argomento, A. GAMBARO, *I beni*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, Milano, 2012, p. 2 ss. il quale rileva che la disciplina dei beni contenuta nel codice civile del 1942 « corrisponde ad un grandioso tentativo di erigere una categoria generale che possa costituire il fondamento di tutto il diritto patrimoniale ».

spesso, e non da ora, messe in dubbio dalla dottrina in ragione dello stretto collegamento con le situazioni di titolarità ad essi connesse ⁽³⁾. E anche questo è tema che esula dalla trattazione perché richiederebbe un ben più ampio approfondimento al fine di valutare a fondo, anche in una prospettiva storica, il rapporto (certamente rilevante ⁽⁴⁾) tra le nozioni di soggetto e oggetto di diritti.

Ciò che invece si tenterà di fare è dare un contributo alla discussione specifica relativa alla definizione dei nuovi beni e dei relativi interessi da tutelare. Per raggiungere questo obiettivo si dovrà necessariamente muovere da alcuni esempi specifici che sembrano imporsi per la novità di disciplina e per il rilievo, anche economico, che assumono nella società. Esempi che possono apparire tra loro molto differenziati e per certi versi inconciliabili, ma che se guardati con una chiave diversa da quella classicamente utilizzata mostrano numerose assonanze e testimoniano il mutamento di prospettiva adottato dal legislatore recente, più attento alla funzione dei beni che non alle definizioni strutturali. E viene il dubbio che possa essere addirittura invertita la chiave di lettura e cioè che la medesima prospettiva funzionale possa essere utilizzata anche per rileggere discipline più remote.

Peraltro, un costante, anche se non palese, riferimento alla funzione delle cose nel procedimento di qualificazione giuridica dei beni può essere rintracciato già nella disciplina codicistica, e in particolar modo nella definizione fornita dagli artt. 810 ss. Per tale ultima ragione. Al fine di fornire una lettura unitaria delle discipline previste per i c.d. nuovi beni sembra opportuno muovere da una breve osservazione delle norme “classiche”.

2. – Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritti. Questa laconica e apparentemente banale affermazione ⁽⁵⁾, contenuta com'è noto nell'art. 810 del codice civile, è stata oggetto di lunghe ed accese discussioni dottrinali intorno alla corretta definizione del bene in senso giuridico ⁽⁶⁾,

⁽³⁾ V., ancora A. GAMBARO, *o.l.u.c.*

⁽⁴⁾ Ma non essenziale: sulla possibilità di esistenza di una situazione giuridica soggettiva senza titolare v., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 674 ss.

⁽⁵⁾ La dottrina ha spesso criticato la formulazione della norma. Cfr., V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., IV, Torino, 1980, p. 438; M. BARCELLONA, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, p. 615; O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, in *Comm. cod. civ. Schlesinger*, sub. art. 810, Milano, 1999, p. 5; A. JANNARELLI, *La disciplina dei beni tra proprietà e impresa nel codice del 1942*, in AA.VV., *Lecture di diritto privato*, Bari, 1994, p. 97 ss.

⁽⁶⁾ Sull'ambiguità del concetto definito dall'art. 810 c.c. v., di recente, A. GAMBARO, *I beni*, cit., p. 7 ss.

discussioni incentrate su due caratteristiche: l'essere cosa e l'essere annoverata tra gli "oggetti di diritto".

La prima caratteristica, che facilmente sfocia nella materialità ⁽⁷⁾, si è dimostrata incompleta e poco rispettosa della situazione concreta già di inizio secolo ⁽⁸⁾.

La seconda, che fino a qualche anno addietro sembrava poter rappresentare l'uovo di Colombo per la soluzione della questione ⁽⁹⁾, mostra oggi la corda a fronte della necessità di conciliare la tutela dei beni con quella del diritto di proprietà e degli interessi c.d. diffusi dei consociati non proprietari.

Andando con ordine, il primo a cadere, in ordine di tempo, è stato il presupposto della materialità. E se la dottrina degli anni '50 ancora tentava di giustificare l'essenzialità della "cosalità" ⁽¹⁰⁾, sia pure forzando la semantica e introducendo la distinzione tra cose corporali e cose incorporali ⁽¹¹⁾, oggi nessuno dubita che il termine sia utilizzato dal legislatore nel senso generico e atecnico (cosa per vero strana per il legislatore del '42) di "entità" che, in quanto tale può assumere caratteristiche

⁽⁷⁾ M. ARE, *Beni immateriali*, in *Enc. giur.*, V, Milano, 1959, p. 247; S. PUGLIATTI, *Cosa (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 27 ss. Cfr., altresì, F. ALCARO, *Riflessioni 'vecchie' e 'nuove' in tema di beni immateriali. Il diritto d'autore nell'era digitale*, in *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 899 ss., spec. p. 901, il quale rileva che « l'art. 810 c.c. evoca, nel riferimento alle cose, l'idea statica del bene, colto nel suo valore d'uso, una visione invece dinamica del bene ne sposta l'attenzione verso il 'valore' di scambio, verso il profilo patrimoniale (ex art. 2740 c.c.) ».

⁽⁸⁾ È sufficiente qui richiamare le parole di S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 173. Il termine cose è « restrittivo in duplice senso: a) da un lato limita l'ambito dei beni a quello dei diritti aventi per oggetto cose, mentre – qualunque sia l'ampiezza di questo termine – si deve riconoscere che esistono (diritti soggettivi e) beni che non hanno per oggetto cose, come i diritti aventi per oggetto servizi e i diritti su beni immateriali; b) dall'altro lato fa corrispondere indebitamente il numero dei beni al numero delle cose, riducendo in sostanza i beni alle cose che formano oggetto del diritto di proprietà ».

⁽⁹⁾ Poiché la maggior parte della dottrina in tempi non recenti ha cercato di spostare l'attenzione dal concetto di cosa a quello di oggetto di diritti. Cfr., O.T. SCOZZAFAVA, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.; D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 121.

⁽¹⁰⁾ La tendenza dottrinale riferita deriva soprattutto dal sistema del codice civile del 1942 « imperniato sulle cose e sulla fisicità »; del resto all'epoca del codice la realtà normativa non poteva « governare fenomeni non immaginati, né presenti (quantomeno ad uno stadio significativo) ». Per queste riflessioni v., R. TOMMASINI, *I servizi come beni*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, p. 127 ss.

⁽¹¹⁾ Per una efficace analisi delle teorie che hanno portato al superamento della distinzione v., G. CHIARINI, *Fattispecie e disciplina dei servizi. Contributo alla riflessione giuridica sugli istituti della società post-industriale*, Milano, 2011, p. 58 ss.

materiali e immateriali ⁽¹²⁾. L'obiettivo era quello di rendere possibile la tutela dei c.d. beni immateriali, che all'epoca del codice civile del 1942 erano principalmente legati alle opere dell'ingegno o alle energie naturali ⁽¹³⁾, ma che oggi acquistano una rinnovata centralità a seguito dell'emersione di nuove entità bisognose di tutela. Il riferimento è al *software*, alle banche dati, al *Know how*, ai siti *web*, ai nomi a dominio, alle invenzioni biotecnologiche, alle opere del disegno industriale, alla cubatura. Se per la tutela di questi beni, secondo la visione classica, era necessaria una espressa previsione legislativa ⁽¹⁴⁾ che si atteggiava ad eccezione alla regola generale della corporalità ⁽¹⁵⁾, oggi la situazione si mostra fortemente mutata con un tendenza ad ampliare l'affermazione anche per essi di una tutela di tipo possessorio ⁽¹⁶⁾.

Più difficile, e forse per alcuni non completamente compiuto ⁽¹⁷⁾, è stato invece il percorso teso a superare una visione del bene legata alla centralità dei poteri del proprietario e del correlato diritto, quale diritto soggettivo per eccellenza, e parametro di valutazione degli interessi rilevanti ai fini della qualificazione giuridica del bene ⁽¹⁸⁾. In quest'ottica sarebbero, dunque, beni in senso giuridico le cose che possono essere oggetto di proprie-

⁽¹²⁾ Per tutti B. BIONDI, *Cosa (diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1968, p. 1009 ss.

⁽¹³⁾ Una delle prime problematiche che ha impegnato la dottrina è stata quella della qualificazione delle energie naturali, non dotate del requisito della materialità, ma prese in considerazione dall'art. 814 c.c. come entità bisognose di tutela. La dottrina tendeva allora a reputarle beni immateriali. V., B. BIONDI, *I beni*, in *Tratt. di dir. civ. Vassalli*, IV, Torino, 1956, p. 36.

⁽¹⁴⁾ Sul numero chiuso dei beni immateriali v., V. ZENO-ZENCOVICH, *Cosa*, cit., p. 460; G. GHIDINI, *Profili evolutivi del diritto industriale*, Milano, 2008, p. 20 s. Ma v., in una prospettiva maggiormente critica, già G. OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritti di utilizzazione economica*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 29.

⁽¹⁵⁾ Sull'argomento cfr. le classiche posizioni di, T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, 3^a ed., Milano, 1960, p. 353; P. GRECO e P. VERCELLONE, *Le invenzioni e i modelli industriali*, Torino, 1968, p. 227 ss.; G. OPPO, *Creazione intellettuale, creazione industriale e diritto di utilizzazione economica*, cit., p. 1 ss.; M. CASANOVA, *Beni immateriali e teoria dell'azienda*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 76 ss.; S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 168 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr., F. ALCARO, *Riflessioni 'vecchie' e 'nuove'*, cit., p. 923 ss. Cfr., anche se in senso in parte critico, U. VINCENTI, *Res e dominus*, in *Diritto romano attuale*, 2001, p. 29 ss. Per una approfondita analisi sulle necessità di qualificazione e adattamento della disciplina dei c.d. nuovi beni v., P. D'ADDINO SERRAVALLE, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, cit., p. 114 ss.

⁽¹⁷⁾ V., di recente, A. IULIANI, *Prime riflessioni in tema di beni comuni*, in *Europa e dir. priv.*, 2012, p. 617 ss., spec. p. 628 ss.

⁽¹⁸⁾ Qualificazione necessaria affinché una cosa possa essere reputata oggetto di diritti. O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, Milano, 1982, p. 84.

tà⁽¹⁹⁾ e cioè le cose che permettono una appropriazione esclusiva⁽²⁰⁾ e un potere di escludere i terzi dal godimento⁽²¹⁾.

Anche qui il progresso, questa volta sociale, ha reso necessario un ampliamento del concetto stante l'esigenza di tutelare beni c.d. collettivi per i quali la disciplina del diritto di proprietà si mostrava inadeguata⁽²²⁾. Si è reso pertanto necessario accedere ad una visione che non resti legata al diritto soggettivo, inteso quale signoria del soggetto sul bene, ma che sia funzionalizzata in ragione del bilanciamento di tutti gli interessi protetti⁽²³⁾.

Si è così approdato, per vero non da ora, ad una definizione di bene giuridico che si discosta dalla interpretazione letterale dell'art. 810 c.c. assegnando un ruolo centrale al concetto di interesse: si è cioè capovolta la definizione considerando bene giuridico qualunque entità che soddisfi un interesse meritevole di tutela⁽²⁴⁾.

E l'interesse, non la cosa, definisce la disciplina. Ciò perché, si è osservato, la stessa cosa può essere punto di riferimento oggettivo di interessi differenti⁽²⁵⁾ cioè può rappresentare il sostrato materiale di diversi beni giuridici e, di conseguenza, la disciplina di essi può essere diversificata. L'esempio classico è quello di un terreno su cui gravi un usufrutto. Su

⁽¹⁹⁾ Riconosce O.T. SCOZZAFAVA, *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 561, che il diritto di proprietà ha finito per coincidere in sede teorica con la generica nozione di appartenenza e titolarità del diritto.

⁽²⁰⁾ Ma v., in senso contrario, P. PERLINGIERI, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 333, il quale espressamente riconosce che « beni in senso giuridico sono anche quelle cose non suscettibili di acquisto le quali, pur essendo *extra commercium*, sono comunque *punti di riferimento oggettivo* di più di una situazione giuridica – non necessariamente diritto soggettivo – anche di tipo non patrimoniale ». Sulla non assolutezza del potere di esclusiva anche per i beni materiali cfr., F. ALCARO, *Riflessioni 'vecchie' e 'nuove'*, cit., p. 902 s.

⁽²¹⁾ Pienezza ed esclusività che un retaggio della tradizione borghese rende difficile da superare nell'immaginario sociale, v., di U. VINCENTI, *Res e dominus*, cit., p. 27.

⁽²²⁾ Visione che, tuttavia, già a seguito di una attenta lettura delle norme del codice civile sembra perdere molta della sua assolutezza. V., sull'argomento, E. CATERINI, *Il contributo del libro terzo del codice civile alla formazione del « diritto patrimoniale comune »*. *La palingenesi della proprietà*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 19 ss., il quale rileva, in particolare, che tutte le norme in tema di acquisto della proprietà a titolo originario operano un bilanciamento tra interesse conservativo nel proprietario e interesse alla produzione di utilità del nuovo titolare.

⁽²³⁾ In particolare, con riferimento all'ambiente, v., S. PATTI, *La tutela civile dell'ambiente*, Padova, 1979, p. 30.

⁽²⁴⁾ Interesse che, tuttavia, non è necessariamente esclusivamente privato, ma può avere anche una componente pubblicistica, V., S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, 1964, p. 3 s.

⁽²⁵⁾ S. PUGLIATTI, *Beni (teoria generale)*, cit., p. 173; C. MAIORCA, *Beni*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988, p. 46.

quella cosa insistono due differenti diritti e due corrispondenti poteri. Quello di disposizione e controllo del nudo proprietario e quello di godimento dell'usufruttuario. Si tratterebbe allora di due beni giuridici differenti ⁽²⁶⁾.

La disciplina, dunque, muta non in ragione della cosa ma in ragione degli interessi che l'utilizzazione della cosa è destinata a soddisfare ⁽²⁷⁾.

Eppure il superamento della interpretazione letterale dell'art. 810 operato dalle tesi sommariamente richiamate, e pure avvenuto in larga parte in tempi non recenti, non risolve il problema odierno della qualificazione giuridica del bene.

Complici l'evoluzione della società e il mutamento dei bisogni, la definizione necessita oggi di una nuova rilettura tendente a verificarne l'attualità e ad adattarne l'interpretazione alla mutata realtà sociale.

3. – Dunque, anche una visione rinnovata e funzionalizzata della nozione di bene giuridico, non si è mostrata sufficiente a tutelare gli interessi che di volta in volta si imponevano.

Così il primo passaggio è stato quello dell'affermazione dell'autonomia della nozione giuridica di bene rispetto a quella in senso economico ⁽²⁸⁾, passaggio che se in sé può sembrare scontato e banale, attesa la divergenza di interessi tra diritto ed economia ⁽²⁹⁾, è stato di difficile attuazio-

⁽²⁶⁾ L'esempio è di S. PUGLIATTI, *Beni*, cit., p. 172 ss.

⁽²⁷⁾ P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 518. Si pensi, ancora, ad esempio alla differenza di qualificazione giuridica e di funzione economica che passa tra una banconota da collezione ed una destinata allo scambio. Sull'argomento v., M. SEMERARO, *Pagamento e forme di circolazione della moneta*, Napoli, 2008, p. 115 ss.

⁽²⁸⁾ Il collegamento tra definizione di bene in senso giuridico e sfruttamento economico è operato da parte della dottrina già in passato. V., F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976, p. 55 ss. In questo senso sembra debba essere letta l'affermazione di parte della dottrina che tende ad escludere dal novero dei beni le cose comuni di tutti, poiché sarebbero qualificabili come beni soltanto le cose suscettibili di valutazione economica. V., F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1993, p. 310 ss. La medesima visione economicistica del concetto di bene è riscontrabile nelle nozioni desumibili dall'ordinamento europeo. In particolare si v. CEDU, 5 gennaio 2000, *Beyeler c. Italia*, commentata da M.L. PADELLETTI, *Il caso Beyeler di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2000, p. 781 ss.; A. BULTRINI, *Modalità di esercizio del diritto di prelazione sul dipinto "Il giardiniere" di V. Van Gogh*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 690 ss.; CEDU, 30 novembre 2004, *Öneryildiz c. Turchia*, commentato da A. MOSCARINI, *Proprietà privata e tradizioni costituzionali comuni*, Milano, 2006, p. 238 s.

⁽²⁹⁾ Per la necessità di adattare le logiche economiche del mercato alle esigenze personalistiche dell'ordinamento giuridico, v., P. PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss.

ne a causa di una lettura economicistica delle norme del codice civile non direttamente afferenti ai diritti della personalità ⁽³⁰⁾.

Il tentativo di superare una visione strettamente economicistica del bene è stato attuato, in tempi passati, soprattutto ricorrendo alla distinzione tra beni pubblici e privati, laddove i primi, destinati a soddisfare bisogni collettivi e non attribuibili ad un unico soggetto, dovevano essere di proprietà pubblica per il raggiungimento degli interessi perseguiti ⁽³¹⁾.

Tuttavia, i caratteri attribuiti ai beni pubblici sono stati quelli indicati dalla scienza economica e, in particolare, da quella particolare branca definita economia del benessere ⁽³²⁾. I caratteri individuati per definire i c.d. beni pubblici puri sono la non rivalità nel consumo (il consumo da parte di un individuo non esclude la possibilità per un altro individuo di consumarlo contemporaneamente); la non escludibilità dei benefici (una volta che il bene pubblico è prodotto, è difficile o impossibile impedirne la fruizione da parte dei consociati ⁽³³⁾). Le due caratteristiche renderebbero non conveniente per un privato occuparsi della produzione e della gestione di tali beni perché essi non produrrebbero profitti ⁽³⁴⁾.

⁽³⁰⁾ Ancora in tempi recenti si assisteva a discussioni in merito alla qualificazione giuridica di alcuni beni, ragionando in termini di appropriabilità individuale e di esclusività del godimento (O.T. SCOZZAFAVA, *Dei beni*, cit., p. 6; ID., *I beni e le forme giuridiche di appartenenza*, cit., p. 90. Ma in senso contrario v., D. MESSINETTI, *Oggetto dei diritti*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 812 ss., M. COSTANTINO, *La proprietà in generale*, in *Tratt. Rescigno*, VII, Torino, 1982, p. 18) e la tutela di interessi pure rilevanti per il diritto non riusciva ad essere attuata per il tramite della oggettivazione giuridica del bene ma ricorrendo a norme tese a garantire l'attuazione di interessi differenti.

⁽³¹⁾ La diversità di presupposti tra la definizione di proprietà pubblica e privata è affrontata, non senza gli opportuni riferimenti storici, da R. DI RAIMO, *Proprietà, economia pubblica e identità nazionale*, in *Riv. dir. impr.*, 2007, p. 3 ss.

⁽³²⁾ Tra gli studiosi dell'economia del benessere classico è il rinvio a P.A. SAMUELSON, *The Pure Theory of Public Expenditure*, in "Review of Economics and Statistics", Nov. 1954; ID., *Diagrammatic Exposition of A Theory of Public Expenditure*, in "Review of Economics and Statistics", Nov. 1955; ID., *Aspects of Public Expenditure Theories*, in "Review of Economics and Statistics", Nov. 1958, il quale è stato il fautore della categoria dei beni di consumo collettivo che la successiva teoria economica ha poi ribattezzato beni pubblici puri. La definizione di bene pubblico puro è stata poi specificata da J.M. BUCHANAN, *The Demand and Supply of Public Goods*, Chicago, 1968. p. 49 s.: « un bene o servizio pubblico puro, è disponibile per tutti i membri della comunità in ugual misura. Quando una singola unità del bene è prodotta, fornisce una molteplicità di unità di consumo, che sono in qualche modo, tutte uguali. Una volta prodotte, non sarà possibile escludere nessun individuo dal godimento (positivo o negativo) della sua disponibilità ».

⁽³³⁾ I criteri individuati da SAMUELSON erano, specificamente, indivisibilità e consumo congiunto.

⁽³⁴⁾ G. BROSI, *Economia e finanza pubblica*, Roma, 1989, p. 51. Per vero, la stessa dottri-

È pur vero tuttavia che come già rilevato in tempi antichi il rischio è che ciò che è collettivo venga scarsamente curato ⁽³⁵⁾. Pertanto il passo significativo è stato quello di riconoscere l'esigenza di tutela anche per questo tipo di beni (che la scienza economica considerava irrilevanti ai propri fini), tutela che tuttavia, in un primo momento si è concentrata sulla loro appropriazione e gestione pubblica ⁽³⁶⁾. Comunque, la titolarità pubblica non è il presupposto della qualificazione ⁽³⁷⁾ ma essa è semmai imposta quale strumento di garanzia per la soddisfazione di interessi della collettività ⁽³⁸⁾.

na economica classica è molto divisa sulla reale portata della categoria e sulla significatività dei caratteri riportati. In particolare, v., l'esempio di R. COASE, *The Lighthouse in Economics*, in « *Journal of Law and Economics* », 1974, p. 17, che ricorda come l'illuminazione marittima notturna in Gran Bretagna fu gestita privatamente finché una decisione statale non ne impose la nazionalizzazione, oppure gli ulteriori esempi, riportati da W. BLOCK, *Public Goods and Externalities: The Case of Roads*, in « *Journal of Libertarian Studies* », 1983, VII, 1, p. 1 ss., per le altre infrastrutture. Ma lo stesso discorso potrebbe essere ripetuto nel nostro Paese per beni come l'energia elettrica o il gas.

⁽³⁵⁾ « Ciò che è comune alla massima quantità di individui riceve la minima cura. Ognuno pensa principalmente a se stesso, e quasi per nulla all'interesse comune ». ARISTOTELE, *Politica*.

⁽³⁶⁾ Significativo è il filone dottrinale che per lungo tempo ha individuato uno stretto parallelismo tra la storia della demanialità e la storia dello Stato. Per una esposizione della vicenda v., G. PALMA, *I beni appartenenti allo Stato, agli enti pubblici e agli enti ecclesiastici*, in *Tratt. di dir. priv. Rescigno*, 7, Torino, 1982, p. 90.

⁽³⁷⁾ Si discorre infatti di beni a destinazione pubblica per i quali « il profilo dominicale viene a scomparire, mentre diventa centrale il profilo della destinazione del bene allo scopo di pubblico interesse ». Così, V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica e fruizione collettiva dei beni pubblici*, in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*. Annuario 2003, *Associazione Italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 17. Nello stesso senso, M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano, 2004, p. 109 ss. Sul punto però v. criticamente, A. GAMBARO, *Gli statuti dei beni pubblici*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, Bologna, 2007, p. 57, il quale mette in guardia da una eccessiva accentuazione del profilo funzionale poiché « si finisce con il contemplare una pluralità di statuti dei beni pubblici che, se da lontano può richiamare la ben nota nozione della pluralità di forme proprietarie, in realtà, sempre per la medesima ragione, spinge l'analisi verso un esame dei diversi di gruppi di fattispecie soggetti alla medesima disciplina, ove essa, inevitabilmente si disperde in una costellazione di sottoinsiemi, con l'esito finale di smarrire una categoria ordinante senza poterne proporre un'altra in sostituzione ». Cautio sul punto, sia pure criticando la tendenza a creare categorie, anche M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, Milano, 2008, p. 36.

⁽³⁸⁾ In questo senso è necessario rimarcare il ruolo della affermazione costituzionale

4. – Si accede dunque ad una nuova lettura delle norme codicistiche, e in particolare dell'art. 822 c.c. il quale se elenca al primo comma alcune cose che « appartengono allo Stato e fanno parte del demanio pubblico », e indica al secondo comma le cose che fanno parte del demanio pubblico « se appartengono allo Stato », può essere reinterpretato alla luce dei valori costituzionali per desumerne una disciplina affatto differente ⁽³⁹⁾.

La formulazione dell'art. 822 lascia intendere che esistono alcuni beni a destinazione necessaria, che cioè non possono che appartenere allo Stato

della proprietà pubblica la quale ha la funzione di garantire il godimento di talune utilità a tutti i cittadini e non può essere letta semplicemente nella contrapposizione proprietà pubblica proprietà privata individuando per la prima caratteri strutturali omogenei alla seconda. Così, M. ESPOSITO, *Beni, proprietà e diritti reali*, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, VII, 2, Torino, 2008, p. 15. L'a. propone una visione funzionale dell'appartenenza pubblica dei beni specificando che, quando si tratta di beni pubblici, la titolarità non può essere separata dalla destinazione « atteso che l'appartenenza » (aggiungiamo noi pubblica) « è di per sé un vincolo di destinazione ». Per vero, pur mostrandosi condivisibile l'affermazione, non sembra possibile poi da essa dedurre che in mancanza di appartenenza pubblica verrebbe necessariamente a mancare quella destinazione al soddisfacimento di interessi collettivi che sembra possa essere invece disposta dal legislatore in ragione della particolare rilevanza di taluni beni. Ne costituiscono una riprova numerose norme dettate di recente per regolamentare specifiche categorie di beni. Cfr., M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici: dall'appartenenza al fine*, cit., p. 36

⁽³⁹⁾ Infatti, i beni appartenenti al demanio sono oggetto di una disciplina restrittiva per quanto riguarda la loro circolazione; essi « sono inalienabili e non possono formare oggetto di diritti a favore di terzi » (art. 823 c.c.). È, dunque, molto importante stabilire se un bene appartiene al demanio oppure no. La problematica della definizione del demanio pubblico ha origini antiche che qui non è possibile ripercorrere. Basti il rinvio ai classici studi di O. RANELLETTI, *Caratteri distintivi del demanio e del patrimonio*, in *La legge*, XXXII, (1892), p. 245, ora in *Id.*, *Scritti giuridici scelti, IV – I beni pubblici*, Napoli, 1992, p. 4. I beni appartenenti al demanio, a differenza di quelli appartenenti al patrimonio, non sarebbero considerate per il loro valore economico intrinseco ma per il loro valore d'uso. Così, SANTI ROMANO, *Principi di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1906, p. 427. Oggi la questione è, a detta di alcuni autori, superata da una scelta del legislatore costituzionale il quale ha sostituito il termine demanio con quello di patrimonio immobiliare. In tal senso cfr., L. MERCATI, *Alienazione dei beni degli enti territoriali e regime demaniale*, in *Riv. trim. appalti*, 2005, p. 673, nt. 9; M. RENNA, *Beni pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico* Cassese, Milano, 2006, p. 723, il quale parla addirittura di declino della categoria del demanio. In parte diversa la posizione di M. OLIVI, *Beni demaniali ad uso collettivo. Conferimento di funzioni e privatizzazione*, Padova, 2005, p. 2, il quale più che di declino della categoria discorre di una sua necessità di reinterpretazione dovuta ad una modifica dei suoi caratteri fondanti, i particolare dell'appartenenza del bene ad un Ente pubblico quale requisito. Sul punto cfr., altresì, A. POLICE, *L'occasione e gli obiettivi di una rinnovata centralità dei beni pubblici*, in *Id.*, (a cura di), *I beni pubblici: tutela, valorizzazione e gestione*, cit., p. XIII ss., il quale denuncia nella materia la perdita di centralità del codice civile e segnala le numerose norme che hanno portato progressivamente alla alienabilità o comunque utilizzabilità economica dei beni del demanio.

e far parte del demanio ⁽⁴⁰⁾, ed altri a destinazione accidentale che soltanto se appartenenti allo Stato sono soggetti alla disciplina restrittiva dei beni demaniali ⁽⁴¹⁾.

La diversa interpretazione della norma in parola potrebbe portare a concludere che la demanialità di un bene non è fissa e immutabile ma deriva dagli interessi coinvolti nel caso concreto ⁽⁴²⁾.

Quest'ultima considerazione apre la via anche ad una nuova lettura delle norme dettate per altri beni (come ad es. i beni culturali, le risorse naturali) che anche se non sono propriamente definibili pubblici, sono comunque soggetti ad una disciplina vincolata in ragione di finalità di pubblico interesse ⁽⁴³⁾. Per questi ultimi che hanno rappresentato il punto di riferimento oggettivo privilegiato della discussione in tema di beni comuni ⁽⁴⁴⁾, quali beni per i quali l'appartenenza ad un soggetto privato non è de-

⁽⁴⁰⁾ La questione diviene più complessa a seguito delle numerose norme che hanno man mano autorizzato, con differenti procedure, l'alienabilità di beni pubblici, o tramite una più semplice sdemanializzazione, o attraverso la creazione di società *ad hoc* e tramite l'utilizzo di operazioni di cartolarizzazione. Il fenomeno, che si è imposto qualche anno addietro, è stato fortemente criticato dalla dottrina. Non essendo questa la sede per approfondire la questione basti il rinvio a G. COLOMBINI, *Privatizzazione del patrimonio pubblico e obiettivi di finanza pubblica*, in AA.Vv., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni*, cit., p. 92.

⁽⁴¹⁾ La destinazione ad un fine pubblico dipenderebbe, in parte da una attitudine del bene, il quale deve essere idoneo a soddisfare determinati interessi, in parte dall'ordinamento tramite una selezione degli interessi che necessitano di essere soddisfatti in maniera particolare. Così, S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, Milano, 1962, p. 24 ss.

⁽⁴²⁾ Già S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 153, avvertiva che « la proprietà pubblica presenta atteggiamenti differenti tra loro nei quali acquista rilievo la particolare natura del soggetto e la sua posizione relativamente a determinati interessi pubblici ». La valutazione del caso concreto rappresenta comunque la regola da seguire in tutte le ipotesi di interpretazione delle norme. V., per tutti, P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "Ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss. e Id., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 317 ss. Specificamente l'a. mette in rilievo la necessità di assegnare un ruolo centrale al fatto nel procedimento interpretativo. Ciò soprattutto in ragione della funzione principale dell'interpretazione che è la sua finalità applicativa.

⁽⁴³⁾ Il concetto che qui si propone si accosta senza tuttavia conformarsi alla definizione data dalla dottrina civilistica dei beni privati di interesse pubblico per la quale v., A.M. SANDULLI, *Spunti per lo studio dei beni privati di interesse pubblico*, in *Dir. ec.*, 1956, p. 163 ss. e in *Studi in memoria di Filippo Vassalli*, Milano, 1960, p. 1477 ss.

⁽⁴⁴⁾ L'auspicio della creazione di una nuova categoria dei beni comuni è stato sollevato dalla Commissione che ha lavorato ad un progetto di riforma del libro terzo del codice civile, presieduta da Stefano Rodotà. Detta categoria si porrebbe come alternativa tanto ai beni privati quanto ai beni pubblici. Sui lavori della commissione v., E. REVIGLIO, *Per una riforma del regime giuridico dei beni pubblici. Le proposte della Commissione Rodotà*, in *Pol dir.*, 2008, p. 531. Si tratterebbe di una categoria di beni definita in ragione della loro funzionalizzazione al

cisiva per l'individuazione della disciplina applicabile essendo il titolare fortemente limitato nell'esplicazione del proprio diritto di proprietà, sembra opportuno rileggere le norme in tema di proprietà per disegnare un nuovo e differente statuto dei poteri di godimento e disposizione ⁽⁴⁵⁾.

Infatti, anche di là dalla semplice qualificazione se pubblica o privata del bene, in conseguenza della variabilità dei caratteri funzionali, sono soggetti a mutare i due profili essenziali del potere proprio delle situazioni proprietarie: quello del godimento e quello della disposizione ⁽⁴⁶⁾. Entrambi sono, ad esempio, condizionati dalla qualificazione delle cose non soltanto quali beni pubblici o privati, ma anche quali beni di consumo o produttivi, abitativi, commerciali o agricoli, qualificazione che a sua volta dipende dall'uso cui detti beni sono destinati. La funzione normativamente assegnata alle cose oggetto di 'proprietà' è tale da conformare i contenuti delle rispettive situazioni soggettive: diversi beni, diversi interessi, diverse tutele, diritti diversi.

Il problema resta tuttavia quello della gestione ⁽⁴⁷⁾ in una visione restia

soddisfacimento di interessi fondamentali e dunque non appropriabili da parte di un unico soggetto. V., tra i tanti, U. MATTEI, *Beni comuni. Un manifesto*, Bari, 2011, p. 33 ss.; M.R. MARRELLA, *Il diritto dei beni comuni. Un invito alla discussione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 103 ss.; A. LUCARELLI, *Note minime per una teoria giuridica dei beni comuni*, in *Quale Stato*, 2007, p. 87.

⁽⁴⁵⁾ Una riflessione in tal senso, riferita tuttavia ai beni del demanio ceduti alla Patrimonio dello Stato s.p.a. si trova in M. DUGATO, *Il regime dei beni pubblici*, cit., p. 42.

⁽⁴⁶⁾ Classica è la affermazione della necessaria declinazione al plurale del concetto di proprietà. S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 145 ss.

⁽⁴⁷⁾ Problema che deve essere risolto nel continuo tentativo di bilanciamento tra soddisfazione delle ragioni della collettività e utilizzazione economica del bene di rilievo pubblico. Per vero detto problema si ripresenta parimenti nella gestione dei beni di proprietà pubblica. Per una esauriente trattazione dell'argomento v., V. CERULLI IRELLI, *Utilizzazione economica*, cit., p. 17 e Id., *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, 1983, p. 31, ove si rileva che la proprietà pubblica si specifica « nell'individuazione dei modelli organizzativi di gestione dei "beni pubblici" ». Nello stesso senso v., P. PERLINGIERI, *La gestione del patrimonio pubblico: dalla logica dominicale alla destinazione funzionale*, in U. MATTEI, E. REVIGLIO, S. RODOTÀ, *Invertire la rotta. Idee per una riforma della proprietà pubblica*, cit., p. 90 ss., il quale avverte la necessità di assegnare un ruolo centrale alla gestione e cioè all'attività esercitata sul bene lasciando in secondo piano il profilo statico della proprietà. Cfr., altresì, N. GRECO e F. GHELARDUCCI, *I beni pubblici in Italia. Profili funzionali e problemi di gestione*, cit., p. 106 ss., i quali specificano che « la crescente domanda di servizi pubblici, connessa alle moderne tecnologie, [ha] considerevolmente alterato le tradizionali ipotesi di utilizzazione dei beni » e si conclude che « la loro idoneità a realizzare il fine pubblico, cioè la loro funzionalità, è chiaramente espressa dalla fruibilità ovvero dal godimento che se ne possa trarre dall'uso ». Diversa l'impostazione della dottrina che individua la categoria dei beni a destinazione pubblica: S. CASSARINO, *La destinazione dei beni degli enti pubblici*, cit., p. 24 ss.; A. LOLLI, *I beni pubblici per destinazione: formazione ed estinzione della fattispecie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 629 ss.

a superare il concetto assoluto e inviolabile del diritto di proprietà e tendente a creare un limite invalicabile nella signoria del proprietario sul bene⁽⁴⁸⁾. Il dibattito, ancora attuale, sui beni di interesse pubblico rappresenta l'esempio significativo di questa visione della proprietà privata.

Anche qui pochi e già accennati esempi possono essere significativi.

4.1. – È nota la vicenda che ha trasformato, nel settore delle trasmissioni radio-televisive, un sistema di monopolio statale, al quale facevano eccezione soltanto alcuni casi di concessione ai privati, in un sistema misto nel quale emittenti pubbliche e private convivono e sono entrambe vincolate al rispetto di determinate modalità di gestione del servizio⁽⁴⁹⁾.

Nonostante la questione sia stata affrontata (anche dal legislatore) già da lungo tempo, ancora non è compiutamente definito il percorso che ha portato al riconoscimento del fatto che non è la cosa con le sue caratteristiche naturali ad essere presa come base per la valutazione ma, stante la situazione socio-economica, sono le possibili utilizzazioni della cosa stessa che assumono un ruolo centrale nella valutazione della legittimità della norma.

La questione che ha portato ad un succedersi e rincorrersi di previsioni normative e innovazioni tecnologiche è stata in origine affrontata ricorrendo alle caratteristiche fattuali del bene⁽⁵⁰⁾ anche dalla stessa Corte costituzionale che tendeva a giustificare il monopolio ricorrendo alla limitatezza dei canali utilizzabili⁽⁵¹⁾. Creando così uno stretto collegamento tra pro-

(48) Ne è una riprova l'opinione di parte della dottrina restia ad accettare una caratterizzazione funzionale della definizione dei beni (specialmente pubblici) dalla quale derivi una disciplina applicabile ad un qualunque proprietario e incline ad auspicare una nuova tipizzazione, sia pure maggiormente ristretta di beni per i quali risulti davvero necessaria l'appartenenza pubblica. Così, M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., p. 724. L'a. giustifica il proprio auspicio negando « che in relazione a tutte le specie di beni demaniali e patrimoniali indisponibili l'appartenenza privata sia funzionalmente adeguata al soddisfacimento di tutti i diritti collettivi e gli interessi pubblici da garantire e, perciò, sia pienamente fungibile con l'appartenenza pubblica ».

(49) Non è questa la sede per ripercorrere il lungo e complicato iter normativo relativo alle trasmissioni radiotelevisive, sull'argomento sia consentito il rinvio a A.C. NAZZARO, *Natura giuridica del bene, proprietà pubblica e monopolio*, in R. DI RAIMO e V. RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 91 ss.

(50) Anche se in tempi risalenti la giurisprudenza tendeva a qualificare i canali per la diffusione delle frequenze alla stregua di un bene immobile (Pret. Lucca, 8 gennaio 1980, in *Giust. civ.*, 1980, I, p. 491) o di un bene mobile (Cass., 6 ottobre 1987, n. 74409). La posizione è stata comunque fortemente criticata dalla dottrina: v. R. SACCO, *Il possesso*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, Milano, 1988, p. 122.

(51) Corte cost., (6 luglio) 13 luglio 1960, n. 59.

gresso tecnologico e valutazione della legittimità costituzionale delle norme che stabiliscono il monopolio statale ⁽⁵²⁾, ma l'evoluzione della situazione tecnica rende la questione sempre nuovamente valutabile ⁽⁵³⁾. E la volontà ferma di difendere le ragioni del controllo pubblico dell'informazione che in un primo periodo si nascondevano dietro le possibilità materiali di sfruttamento del bene, in un secondo momento, quando quelle ragioni sono cadute, si esplicitano nella loro reale dimensione consentendo di separare nettamente l'entità naturale della cosa dalla oggettività giuridica del bene ⁽⁵⁴⁾. Il collegamento con le caratteristiche naturali della cosa perde rilievo per lasciare spazio alle sue possibili utilizzazioni che derivano anche dalla situazione normativa e ciò significa collegare la natura (giuridica e non materiale) del bene con il monopolio statale ⁽⁵⁵⁾. Si tratta comunque di una finalità di tutela del bene inteso nella sua essenza fattuale, ma le ragioni che spingono a dettare una regolamentazione non sono più legate soltanto alle caratteristiche (per così dire) materiali, ma risentono delle finalità sottese al ruolo pubblico dell'informazione. E la questione da affrontare resta esclusivamente quella della legittimità della riserva statale sull'attribuzione ai privati di un bene comune ⁽⁵⁶⁾. Il discorso tocca cioè nuovamente la problematica della proprietà pubblica e della discrezionalità della quale gode lo Stato nell'utilizzazione dei beni pubblici, sia pure nel rispetto dei limiti dettati dalla necessità di perseguire un fine generale.

4.2. – La gestione di beni come le risorse idriche ⁽⁵⁷⁾, presuppone la realizzazione di reti, e una loro manutenzione che comportano ingenti costi ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵²⁾ Corte cost., 9 luglio 1974, n. 225; Corte cost., 9 luglio 1974, n. 226; Corte cost., 21 luglio 1981, n. 148.

⁽⁵³⁾ Ma v. E.S. SAVAS, *Privatization, The Key to Better Government*, New Jersey, Chatham House Publishers Inc., 1987, p. 47, il quale rileva come molti beni che in un primo momento erano assoggettati a monopolio naturale con l'evoluzione tecnologica non lo sono più.

⁽⁵⁴⁾ Corte cost., (27 ottobre) 15 novembre 1988, n. 1030; Corte cost., (13 luglio) 14 luglio 1988, n. 826.

⁽⁵⁵⁾ Corte cost., (13 luglio) 14 luglio 1988, n. 826.

⁽⁵⁶⁾ Corte cost., (24 marzo) 26 marzo 1993, n. 112.

⁽⁵⁷⁾ Il sistema di gestione delle risorse idriche è sempre stato caratterizzato da una commistione pubblico-privato attuata tramite lo strumento della concessione. I numerosi interventi normativi succedutisi nel tempo hanno ribadito la proprietà pubblica di tutte le acque superficiali e sotterranee e hanno creato un sistema di gestione privata basato sulla concessione e su penetranti controlli pubblici. Per una recente analisi del sistema di gestione delle risorse idriche v., M. ALBERTON e E. DOMORENOK, *La sfida della sostenibilità, Il governo multi-livello delle risorse idriche*, Padova, 2011, p. 73 ss.

⁽⁵⁸⁾ Per tali ragioni i tentativi di liberalizzazione che si sono succeduti negli ultimi tempi

Comunque, per questi beni si è a lungo discusso di una necessaria proprietà pubblica, spesso giustificata affermando l'esistenza di monopolio naturale causato da scarsità della risorsa ⁽⁵⁹⁾ sommata alla difficoltà soprattutto economica di garantire l'esistenza di una pluralità di infrastrutture ⁽⁶⁰⁾. Se a ciò si aggiunge che l'utilizzazione di detti beni coinvolge interessi primari dell'individuo ⁽⁶¹⁾, ben si comprende il dibattito tendente a negare l'appropriabilità privata delle risorse ⁽⁶²⁾ (o anche la loro semplice gestione privata) e la necessità di reputarle un bene pubblico.

hanno avuto sempre quale punto di partenza una differenziazione tra le attività che costituiscono dei monopoli naturali da quelle liberamente esercitabili. Le prime attengono alle reti fisiche di trasporto delle risorse, le seconde agli altri servizi.

⁽⁵⁹⁾ Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259, in *Riv. dir. agr.*, 1999, p. 5 s., con nota di F. BRUNO, *Aspetti privatistici della nuova normativa sulle acque*.

⁽⁶⁰⁾ V., in particolare, la posizione di C. TENELLA SILLANI, *Possesso e detenzione*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIV, Torino, 1996, p. 25, la quale, con riferimento all'acqua dei fiumi, ne afferma l'impossibilità di appropriazione privata legata alle caratteristiche naturali della cosa. Il sistema, tuttavia, si è da sempre contraddistinto per una gestione indiretta del bene mediata dallo strumento della concessione. V., sul punto, G. ASTUTI, *Acque private*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 387 ss.; A. DI MAJO, *Le risorse idriche nel vigente ordinamento*, in *Rass. giur. energia elett.*, 1996, p. 1 ss.; U. POTOTSCHNIG, *Vecchi e nuovi strumenti nella disciplina pubblica delle acque*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1969, p. 1009 ss.; M. TAMPONI, *Aspetti privatistici del regime delle acque*, in *Riv. dir. agr.*, 2001, I, p. 347 ss. La gestione indiretta, comunque, non deve essere confusa con la privatizzazione. Per alcune riflessioni sulla peculiarità dei caratteri fondanti e della funzione della gestione indiretta v., R. DI RAIMO, *Contratto e gestione indiretta di servizi pubblici. Profili dell'« autonomia negoziale » della pubblica amministrazione*, Napoli, 2000, p. 35 ss.

⁽⁶¹⁾ In particolare per l'acqua la sua coesistenzialità all'individuo ha portato alla sua definizione, nel diritto internazionale, di diritto fondamentale dell'uomo. Cfr., Carta europea dell'acqua adottata dal Consiglio d'Europa. (Strasburgo, 6 maggio 1968), la Convenzione delle Nazioni Unite sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione nei confronti della donna (adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979, in vigore dal 3 settembre 1981 e ratificata dall'Italia il 10 giugno 1985 con un ordine d'esecuzione dato con legge 14 marzo 1985 n. 132 che ne decretava l'entrata in vigore dal 10 luglio 1985), la Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza (approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989), la Dichiarazione di Dublino sull'acqua e lo Sviluppo Sostenibile (1992), Sul tema cfr. D. ZOLO, *Il diritto dell'acqua come diritto sociale e come diritto collettivo*, in *Dir. pubbl.*, 2005, p. 125 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Oggettivazione e godimento delle risorse idriche. Contributo a una teoria dei beni comuni*, Napoli, 2008, p. 70 ss. Anche la Consulta non ha mancato di affermare l'essenzialità del bene: Corte cost., 19 luglio 1996, n. 259.

⁽⁶²⁾ Cfr., in tal senso, A. BARTOLINI, *Le acque tra beni pubblici e pubblici servizi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici*, cit., p. 242. Le medesime osservazioni potrebbero essere rivolte anche ad altri beni di questo genere. V., ad esempio, la discussione relativa allo sfruttamento del fondo del mare per la produzione di idrocarburi o agli sfruttamenti minerari: N. GRECO e F. GHELARDUCCI, *I beni pubblici in Italia. Profili funzionali e problemi di gestione*, cit., p. 22 ss.

Per vero sembra che sia proprio la seconda caratteristica rilevata, e cioè il collegamento con gli interessi primari dell'individuo, a giustificare l'applicazione di una disciplina restrittiva, infatti, non da ora, il legislatore per altri beni ha dettato discipline che in considerazione delle difficoltà di funzionamento di un mercato concorrenziale e della rilevanza degli interessi sottesi impongono al gestore obblighi legali a contrarre, il rispetto dei principi di parità di trattamento e di omogeneità delle condizioni di offerta nonché la trasparenza delle condizioni contrattuali, ma non la gestione pubblica.

La specificità dei beni dei quali si tratta deriva dal loro essere beni che secondo la scienza economica dovrebbero essere catalogati tra i beni pubblici puri, poiché caratterizzati da assenza di rivalità e non escludibilità nel consumo ⁽⁶³⁾. Eppure, anche per questi beni sarebbe giustificabile una disciplina differenziata in ragione della destinazione ⁽⁶⁴⁾.

Tuttavia sembra che anche qui il problema sia quello di una tutela del bene ispirata ad una visione superata del concetto di proprietà, che privilegia i poteri del proprietario rispetto agli obblighi che pure al suo ruolo sono connessi. Per queste ragioni, per questi beni, per i quali si è in parte riconosciuta la preminenza dei diritti di utilizzazione rispetto alla titolarità, la disciplina è stata letta sempre quale eccezione ad un preteso contenuto generale del diritto di proprietà che tuttavia oggi perde man mano di attualità e di aderenza con la realtà non soltanto sociale, ma normativa.

Sembra che invece il concetto di bene debba essere reinterpretato assegnando ad esso un ruolo autonomo rispetto ad un pur riformato diritto di proprietà ⁽⁶⁵⁾.

In questo senso acquistano rilievo i beni e la loro qualificazione non per i poteri che il proprietario (sia esso pubblico o privato) può esercitare su

⁽⁶³⁾ Più precisamente si tratterebbe di beni pubblici che la dottrina economica classifica come impuri perché la loro gestione da parte di privati non è preclusa dalle caratteristiche del mercato di riferimento che ne impedisce la produzione di profitti, ma da decisioni politiche secondo le quali l'importanza di quel bene rende necessaria una appartenenza e una gestione statale. V., sull'argomento, J. STIGLITZ, *The Economic Role of the State*, Oxford, Blackwell, 1989, trad. it. Bologna, 1992, p. 69 ss.

⁽⁶⁴⁾ Cfr., altresì, S. AMOROSINO, « Governo » delle acque e governo del territorio (*e paesaggio*), *An. giur. econ.*, 2010, p. 79 ss., che distingue l'acqua intesa come risorsa pubblica da quella intesa come merce.

⁽⁶⁵⁾ Significative in questo senso le affermazioni della giurisprudenza che, nel distinguere tra proprietà pubblica e privata, rimarca come essa non sia basata su due categorie concettuali di proprietà, ma su due categorie giuridiche di beni, sottolineando che la definizione della categoria dei beni pubblici, lungi dall'essere definita sulla base della natura del soggetto proprietario, sia ricostruita tramite un criterio oggettivo, collegato alla peculiarità del regime giuridico del bene: Cass., 23 novembre 2001, n. 14917, in *Riv. giur. ed.*, 2002, I, p. 586.

di essi, ma per gli interessi che potenzialmente sono diretti a soddisfare. Interessi che possono acquisire rilievo non soltanto nell'ottica individualista della signoria del proprietario, ma anche e soprattutto in un'ottica sociale di garanzia della attuazione della funzione sociale del diritto richiesta dall'art. 42 cost.

In questo senso si giustifica, altresì, la funzionalizzazione dei beni, operata soprattutto dalle più recenti discipline, per le quali troppo spesso si discorre di eccezione alla regola generale.

5. – Il superamento della contrapposizione tra regola ed eccezione si impone anche alla luce di una rilettura delle norme codicistiche che renderebbe invece palese come già quella disciplina sembra aprire la strada ad una simile interpretazione. Si pensi a quella che è stata considerata la *summa divisio* tra beni immobili e beni mobili ⁽⁶⁶⁾, operata dall'art. 812 c.c.

Già la lettura di questa disposizione rende palese che se per alcuni beni la qualificazione è operata dal legislatore, per altri (quelli del secondo comma) essa è compiuta dall'utilizzatore sulla base della destinazione ⁽⁶⁷⁾. Essi sono beni immobili soltanto se sono saldamente assicurati alla riva e *destinati* ad esserlo in modo permanente. Ed è facile pensare che tale destinazione possa essere opera del proprietario ⁽⁶⁸⁾. La disciplina corrispondente, sia per quel che riguarda il godimento che le forme di disposizione, è differente ⁽⁶⁹⁾.

In ragione della valutazione della destinazione cui è sottoposto il bene è possibile leggere anche altre distinzioni che il codice civile opera tra i beni.

⁽⁶⁶⁾ L'espressione è utilizzata soprattutto dalla dottrina classica: F. DE MARTINO, *Beni in generale*, in *Comm. cod. civ.*, Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1976, p. 13 ss.; A. QUARANTA, *Beni e proprietà in generale*, in *Comm. cod. civ. De Martino*, Novara, 1970, p. 50 ss.; M. ALLARA, *Dei beni*, Torino, 1984, p. 59 ss.

⁽⁶⁷⁾ Sulla distinzione tra destinazione libera, perché operata dal proprietario, e vincolata, perché opera dell'ordinamento, sia consentito il rinvio a A.C. NAZZARO, *L'affitto*, in *Trattato di diritto civile del notariato Perlingieri*, IV, 22, p. 27 ss., e *ivi* ulteriori riferimenti bibliografici.

⁽⁶⁸⁾ Così una barca può essere, come normalmente è, utilizzata per la navigazione ed assume la qualificazione di bene mobile registrato, o può essere "saldamente assicurata alla riva" e rappresentare il luogo di svolgimento di una attività di ristorazione e, allora, sarà considerata un bene immobile.

⁽⁶⁹⁾ Sulla qualificazione dei beni immobili v., di recente E. CATERINI, *Il contributo*, cit., p. 4 ss., il quale afferma che « il bene è immobile non perché è naturalmente o artificialmente incorporato al suolo, ma perché l'interesse che soddisfa secondo l'ordinamento giuridico ne considera la fissità al suolo quale carattere imprescindibile dell'utilità garantita e protetta dalla situazione giuridica ».

Così la differenza tra beni divisibili e indivisibili ⁽⁷⁰⁾, distinzione per la quale il legislatore non fornisce una definizione ma detta una disciplina diversificata (artt. 720, 1314, 1316 c.c.) ⁽⁷¹⁾.

Dunque, nessuna cosa può essere reputata da sé divisibile o indivisibile, poiché è sempre l'interesse delle parti che ne rende possibile la qualificazione giuridica.

Lo stesso discorso può essere fatto per la distinzione tra beni fungibili, ossia quei beni che possono essere sostituiti con altri per quantità e qualità, e infungibili. La fungibilità del bene non dipende dalle caratteristiche della cosa, ma dalla destinazione ad essa impressa che deriva dalla funzione che essa è deputata a soddisfare.

È nuovamente l'interesse che assume un ruolo centrale nella qualificazione del bene, interesse che può essere pubblico, e allora i singoli non hanno la libertà di destinare il bene ad un uso differente, o privato e in questo caso assume rilievo l'atto di destinazione della cosa operato dal proprietario. Destinazione che definisce la qualificazione del bene e la disciplina applicabile.

6. – Il discorso può e, a nostro avviso deve, essere condotto abbandonando la lettura classica dell'art. 810 e facendo perdere centralità alla cosa in sé. Sembra necessario peraltro muovere dalla disciplina dettata per le differenti categorie di beni nel tentativo di individuare una nozione comune utilizzabile per la qualificazione. E un esempio significativo di definizione normativa legata alla funzione attribuita alle cose in vista del soddisfacimento degli interessi sottesi è rintracciabile già nel codice civile agli artt. 2555 ss. Si tratta di un tema, quello della qualificazione giuridica dell'azienda che, anche se non recente, può costituire il punto dal quale muovere per approdare ad una rinnovata definizione dei beni in senso giuridico che si mostri rispettosa delle normative più attuali in materia ⁽⁷²⁾.

⁽⁷⁰⁾ Sul concetto di divisibilità o indivisibilità riferito alla prestazione del rapporto obbligatorio d'obbligo è il riferimento a R. CICALA, *Il carattere di divisibilità e indivisibilità dell'obbligazione*, in *Saggi*, Napoli, 1976 p. 10 ss.

⁽⁷¹⁾ La definizione è soprattutto opera della dottrina che individua due criteri di divisibilità, uno materiale legato alla eventuale distruzione del bene (*rectius* della cosa), l'altro legato ad un criterio economico-funzionale dipendente dalla conservazione del valore. Sull'argomento v., per tutti, S. PUGLIATTI, *Cose*, cit., p. 77 ss.

⁽⁷²⁾ La specificità dell'oggetto azienda è messa in risalto da R. TOMMASINI, *Contributo alla teoria dell'azienda come oggetto di diritti*, Milano, 1986, p. 29, il quale riflette sul fatto che il bene giuridico rileva in quanto utilità. E in quest'ottica, e in particolar modo per l'azienda, la distinzione tra cose e beni tende a sfumare, tanto da poter affermare che il bene, in senso giuridico, è sempre immateriale, perché il diritto guarda alle situazioni del mondo non per la loro struttura, a in quanto fattori di utilità meritevoli di garanzia giuridica.

Per l'azienda infatti è necessario innanzitutto delimitare il campo di indagine poiché non esiste una definizione e una disciplina unitaria ma differenti disposizioni applicabili in ragione degli interessi del caso concreto ⁽⁷³⁾. Le normative sono differenziate poiché diversi sono gli interessi coinvolti e differenti sono le cose che contribuiscono a comporre il complesso aziendale o, in altri termini, cose, o complessi di cose, possono essere disciplinati diversamente, in ragione della funzione ad essi assegnata ⁽⁷⁴⁾.

La peculiare rilevanza del tema dell'azienda in un discorso che tenti l'approdo ad una diversa procedura di definizione giuridica del bene, sta proprio nella formulazione dell'art. 2555 c.c. che, se ad una prima lettura può indurre nell'interprete l'impressione che dell'azienda possano far parte soltanto alcuni beni – in particolare i beni materiali ⁽⁷⁵⁾ –, mostra tutta la sua innovatività ove si tenga nella dovuta considerazione la disciplina dettata dal legislatore nelle differenti fasi della vita dell'azienda ⁽⁷⁶⁾. Allora si scopre che ai fini della definizione dell'oggetto dei diritti acquistano rilievo cose o rapporti che da quella definizione sembravano esclusi ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷³⁾ In altri termini, altro è considerare la rilevanza dell'azienda in liquidazione rispetto a quella dell'azienda quale oggetto di trasferimento, o di pegno, o di usufrutto, o di conferimento e così via. T. ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali*, cit., p. 188 ss.; P. SPADA, *Lezione sull'azienda*, in B. LIBONATI e P. FERRO-LUZZI (a cura di), *L'impresa*, Milano, 1985, p. 54 ss. Ciò, tuttavia, non significa che l'azienda acquisti rilievo soltanto in talune ipotesi. Per quest'ultima (per vero risalente) impostazione v., G. FERRARI, *Azienda (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959 p. 680 ss.

⁽⁷⁴⁾ In questo senso, nell'ambito dell'azienda non rilevano i singoli beni autonomamente considerati, ma il collegamento funzionale tra essi che rappresenta anche il superamento di una visione statica dell'economia, fondata sul diritto di proprietà e sulla preminenza dell'utilizzazione dei beni da parte del loro titolare. V., per queste riflessioni, M. TANZI, *Godimento del bene produttivo e impresa*, Milano, 1998, p. 2 ss.

⁽⁷⁵⁾ La questione della composizione dell'azienda e della definizione dei beni o rapporti che di essa possono far parte è stata oggetto di lunghe ed accese discussioni dottrinali. Per una rassegna delle diverse posizioni sia consentito il rinvio a A.C. NAZZARO, *L'affitto*, cit., p. 301 ss.

⁽⁷⁶⁾ E allora si scopre che neanche il titolo di appartenenza dei beni è rilevante ai fini della qualificazione: R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960, p. 484 ss.; G.E. COLOMBO, *Il trasferimento dell'azienda e il passaggio dei crediti e dei debiti*, Padova, 1972, p. 50 ss. A conferma della impostazione accolta si consideri che anche l'iscrizione nel registro delle imprese non è indicativa di un atto di trasferimento dei beni ma segnala esclusivamente un mutamento di attività. In tal senso, A. PAVONE LA ROSA, *La pubblicità degli atti di trasferimento dell'azienda*, in *Giur. comm.*, 2003, I, p. 107 ss. Sul punto cfr., altresì, M. FRANCESCA, *Pubblicità e nuovi strumenti di conoscenza*, Napoli, 2003, p. 212, nota 241.

⁽⁷⁷⁾ Si afferma, in dottrina, l'indifferenza del bene azienda rispetto ai beni patrimoniali

E così anche per l'azienda la dottrina ha dovuto affrontare il problema cui si è già accennato in sede di analisi dell'art. 810 c.c. del superamento del dato letterale o della sola definizione legislativa per approdare ad una definizione rispettosa dei reali interessi in gioco. Con l'azienda tuttavia la questione ha avuto un appiglio concreto nelle discipline delle diverse operazioni che coinvolgevano il bene oggetto di qualificazione⁽⁷⁸⁾. E si è visto che l'elemento unificante del complesso è rinvenibile nella funzionalizzazione⁽⁷⁹⁾ che rende possibile l'applicazione di una disciplina unitaria, poiché la vendita separata dei medesimi beni, o anche la vendita di essi congiunta ma destinata ad un fine differente, non configura una cessione di azienda con la conseguente applicabilità della disciplina propria del trasferimento dei singoli beni. Infondo è lo stesso legislatore, che già nella formulazione dell'art. 2555 c.c. individua l'elemento unificante nella destinazione all'esercizio dell'impresa lasciando intendere l'esistenza di un carattere di strumentalità tra azienda ed impresa⁽⁸⁰⁾.

Ma la disciplina, specie quella della cessione e del trasferimento dei segni distintivi, aggiunge qualcosa in più poiché mostra la mancanza di essenzialità di un qualunque elemento come pure la non tassatività della previsione contrattuale degli elementi trasferiti, tanto che l'identificazione dei vari elementi costitutivi dell'azienda, e quindi trasferiti al compratore ha solo portata esemplificativa e non esclude che altri elementi siano reputati appartenenti al complesso aziendale e quindi oggetto del trasferimento⁽⁸¹⁾. La somma dei singoli beni può dunque formare un bene nuovo ed

che concorrono a formarlo. Cfr., B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, II ed., Milano, 2005, p. 93; A. GAMBINO, *Impresa e società di persone*, Torino, 2004, p. 16; P. SPADA, *Diritto commerciale*, vol. II, Padova, 2006, p. 136 ss.; G. AULETTA, *Azienda*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 1, il quale evidenzia che la permanenza dei singoli elementi nel patrimonio aziendale è connotata da un fisiologico carattere di transitorietà.

⁽⁷⁸⁾ In particolare assume rilievo, e non soltanto per l'azienda, la valutazione delle regole che disciplinano la circolazione dei beni poiché « le stesse regole di circolazione sono parte essenziale dello statuto dei beni ». Così, R. DI RAIMO, *Statuto dei beni e regole di circolazione*, in *Riv. notariato*, 2009, p. 1351 ss.

⁽⁷⁹⁾ Funzionalizzazione che tuttavia deve essere intesa anche come esercizio potenziale e non attuale dell'impresa. La conclusione mette ordine nelle dispute risalenti tendenti ad ammettere la configurabilità di un'azienda senza impresa. Cfr., per le diverse posizioni, A. GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, Napoli, 1959, p. 98 ss.

⁽⁸⁰⁾ Sul punto cfr., G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni generali sull'azienda*, in *Tratt. dir. priv. Rescigno*, vol. 18, tomo IV, Torino, 1985, p. 5; R. TOMMASINI, *L'azienda*, in R. TOMMASINI e M. GALLETTI, *Statuto dell'impresa e azienda. Tratt. dir. civ. Perlingieri*, Napoli, 2009, p. 215 ss.

⁽⁸¹⁾ Significativo, in tal senso è il lungo dibattito relativo all'inclusione o esclusione, nel trasferimento di azienda, di debiti e crediti (M. CASANOVA, *Impresa e azienda*, cit., p. 823 ss.; M. GHIDINI, *Disciplina giuridica dell'impresa*, Milano, 1950, p. 182. In senso contrario cfr., A.

autonomo in ragione della destinazione che prevale anche rispetto ad una eventuale elencazione delle parti, la quale verrà comunque considerata esemplificativa. Il bene azienda, dunque, prescinde dalla composizione del complesso di cose e rileva esclusivamente per la funzionalizzazione all'attività d'impresa.

7. - È comunque dall'analisi della legislazione c.d. speciale che è possibile trarre le conclusioni più significative. Un primo esempio delle norme che privilegiano la destinazione del bene rispetto alle caratteristiche materiali della cosa, ai fini della qualificazione giuridica è fornita oggi dall'art. 183 del T.U. Dell'ambiente (d.lgs. 152/2006) modificato da ultimo dal d.lgs. 205/2010 che, nell'ambito di una normativa ispirata, per vero, più da ragioni ambientaliste che non da necessità qualificatorie ⁽⁸²⁾, fornisce la definizione di rifiuto: « qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'intenzione o abbia l'obbligo di disfarsi » ⁽⁸³⁾

Acquista quindi rilievo la definizione dei comportamenti richiesti al soggetto utilizzatore.

Il problema resta quello della definizione dei c.d. Sottoprodotti e cioè di quei beni che « possono essere e sono effettivamente e oggettivamente riutilizzati nel medesimo o in analogo o diverso ciclo produttivo o di con-

GRAZIANI, *L'impresa e l'imprenditore*, cit., 170 ss.; A. DE MARTINI, *L'usufrutto d'azienda*, Milano, 1950, p. 112 ss.; M. ROTONDI, *Effetti della vendita dell'azienda sui debiti e crediti*, in *Riv. dir. comm.*, 1958, I, p. 179 ss.; G.U. TEDESCHI, *Le disposizioni*, cit., p. 51), o dei rapporti in corso (G. FERRARI, *Azienda*, cit., p. 714 ss.; A. VANZETTI, *Osservazioni sulla successione nei contratti relativi all'azienda ceduta*, in *Riv. soc.*, 1965, p. 555 ss.)

⁽⁸²⁾ La materia dei rifiuti ha sempre occupato un ruolo centrale nel dibattito relativo alla salvaguardia del bene ambiente, soltanto a partire dagli anni '70 ha acquistato una propria autonomia sia pure nell'ambito delle norme destinate alla salvaguardia dell'ambiente e alla tutela della salute. Per una disamina della legislazione in materia e una approfondita analisi dei differenti ordini di fonti (comunitarie, nazionali e regionali) che intervengono nella definizione dell'argomento v., K. FIORENZA, *La risorsa-rifiuto: profili giuridici*, in *Riv. giur. Molise Sannio*, 2004, p. 111 ss.

⁽⁸³⁾ La definizione si discosta dalla formulazione del precedente decreto Ronchi (D.lg. 5 febbraio 1997, n. 22. Attuazione delle Direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CEE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio) il quale forniva anche una elencazione di sostanze (comprese in un allegato al decreto) che presuntivamente potevano assumere la qualifica di rifiuti. Per esse doveva poi essere considerato il comportamento del soggetto che se conforme a quanto richiesto dalla norma portava alla definizione di rifiuto.

Sulla specifica definizione di rifiuto fornita dal decreto sia consentito il rinvio a A.C. NAZZARO, *Qualificazione giuridica e produttività del bene rifiuto*, in AA. Vv., *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*. Atti del I convegno nazionale S.I.S.Di.C., Napoli, 2006, p. 565 ss.

sumo »⁽⁸⁴⁾. Per essi, oggi, l'art. 183 fornisce una definizione molto specifica⁽⁸⁵⁾ anche se la nozione di Sottoprodotto era stata introdotta già da tempo dalla Corte europea di Giustizia che, in ripetute sentenze, ne aveva dato un quadro definitorio che inizia proprio dalle modalità produttive.

Dapprima con maggiore timidezza e poi in modo più consapevole, la Corte di giustizia ha affrontato la questione fornendo soluzioni di grande apertura. Se nella sentenza del 15 giugno 2000 (ARCO) la Corte nel ribadire la necessità che la nozione di rifiuto fosse ampia e oggettiva in linea con le finalità della direttiva (75/442), già apriva il varco alla possibilità che materiali trattati alla stregua di una delle operazioni menzionate dalla direttiva medesima quali operazioni di recupero non fossero sempre e comunque qualificati come rifiuti⁽⁸⁶⁾ introducendo quale ulteriore criterio il fatto che una sostanza sia ottenuta nell'ambito di un processo volto ad ottenere un altro prodotto, la medesima Corte⁽⁸⁷⁾ ha poi inserito elementi di novità nella trattazione della questione ammettendo che detto elemento « può costituire non tanto un residuo quanto un sottoprodotto, del quale l'impresa non ha intenzione di disfarsi » legando così fortemente la qualificazione in termini di rifiuto alla scarsa probabilità di riutilizzo del bene, probabilità strettamente connessa al vantaggio economico derivante dal suo sfruttamento.

L'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia delle comunità euro-

⁽⁸⁴⁾ Le ragioni che hanno spinto il legislatore a restringere la categoria dei rifiuti a favore di quella dei sottoprodotti è legata allo sfruttamento dei materiali in una situazione di scarsità di materie prime. Si v., al riguardo, la vicenda delle gomme usate, riassunta da N. FURIN e E. NEGRI, *Pneumatici o rifiuti?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2010, p. 453 ss. L'elemento innovativo della espressa definizione della nozione di sottoprodotto risiede anche nell'inversione di tendenza che permette di non reputare la qualificazione di sottoprodotto come eccezionale. V., E. LA MARCA, *Recupero energetico delle vinacce esauste e nozione di rifiuto: ancora un caso di path dependency*, in *Riv. quadr. dir. ambiente*, 2011, p. 115 ss.

⁽⁸⁵⁾ La norma è stata aggiunta di recente al T.U. dall'art. 12, Decreto legislativo 3 dicembre 2010, n. 205. Per un recente commento v., A. SCARCELLA, *Il decreto di recepimento della direttiva-quadro sui rifiuti (2008/98/ce) tra modifiche, abrogazioni e novità*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1302 ss.

⁽⁸⁶⁾ Corte giust., 15 giugno 2000, cause riunite C-418/97 e C-419/97, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 468 ss. In precedenza le decisioni dei giudici comunitari erano orientate nel senso di ancorare la nozione di rifiuto al significato del termine "disfarsi". Tra le tante, cfr., Corte giust., 25 giugno 1997, cause riunite C-304/94, C-330/94, C-342/94 e C-224/95, in *Riv. giur. ambiente*, 1998, p. 47 ss.; Corte giust., 28 marzo 1990, cause riunite C-206-88 e C-207/88, in *Rass. avv. Stato*, 1990, I, p. 426 ss.; Corte giust., 10 maggio 1995, causa C-442/92, in *Riv. giur. ambiente*, 1995, p. 653 ss.

⁽⁸⁷⁾ Corte giust., 18 aprile 2002, in causa C-9/00, *Palin Granit Oy, Vehmassalön kansanterveystyön kuntayhtymän hallitus*.

pee si è poi specificata con diverse sentenze succedutesi nel tempo ⁽⁸⁸⁾, ed ha utilizzato esplicitamente il concetto di sottoprodotto ⁽⁸⁹⁾ per descrivere un bene che non presentava le caratteristiche del prodotto principale, ma del quale, comunque, l'impresa produttrice non intendeva disfarsi perché poteva riutilizzarlo all'interno del ciclo produttivo o commercializzarlo a condizioni economiche favorevoli. ⁽⁹⁰⁾

È facile immaginare che la distinzione tra le diverse categorie di beni abbia creato, anche nei nostri confini nazionali, problemi interpretativi, infatti spesso sono giunte all'attenzione dei giudici interni questioni di conflitto relative alla qualificazione di una sostanza se in termini di rifiuto o di bene produttivo ⁽⁹¹⁾. Se dovesse prevalere la prima soluzione il bene dovrebbe essere trattato secondo le regole di diritto amministrativo relative agli obblighi di smaltimento in coerenza con le norme ambientali; se do-

⁽⁸⁸⁾ Corte giust., 15 gennaio 2004, causa C 235/02; Corte giust., 11 novembre 2004 – causa C-457/02; Corte giust., 8 settembre 2005 – cause C-121/03 e C-416/02; Corte giust., 18 dicembre 2007 – causa C-263/05; Corte giust., 24 giugno 2008 – causa C-188/07, tutte in <http://curia.europa.eu>.

⁽⁸⁹⁾ Corte giust., 18 aprile 2002, causa C-9/00, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 576 ss. Nello stesso senso, Corte giust., 11 novembre 2004, causa C-457/02, in *Dvd Juris data*. In dottrina sulla nozione di sottoprodotto desumibile dalle sentenze della Corte di giustizia cfr., M. BORRACCETTI, *Rifiuti e riciclaggio in alcune recenti pronunce della Corte di Giustizia*, in *Dir. giur. agraria ambiente*, 2004, p. 383 ss.; M. BIANCHIE S. ISAIA, *Dai rifiuti ai sottoprodotti nella normativa italiana e comunitaria*, in *Dir. e prat. soc.*, 2009, p. 45; M.L. SCIALLA, *La nozione di sottoprodotto tra disciplina europea e normativa italiana*, in *Dir. pubb. comp. ed europeo*, 2008, p. 981 ss.

⁽⁹⁰⁾ La Commissione ha anche adottato una Comunicazione interpretativa in materia di rifiuti e di sottoprodotti datata 21.2.2007, COM 2007/59. La comunicazione ha risolto gli equivoci creati dalla redazione del CER (Catalogo europeo dei rifiuti) precisando che « sono le circostanze specifiche a fare di un materiale un rifiuto o meno è [...] pertanto le autorità competenti devono decidere caso per caso ». Dunque, anche i materiali elencati nel CER, possono essere rifiuti o sottoprodotti », a seconda del comportamento del detentore. Si ricorda altresì la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2008/98/CE del 19 novembre 2008.

⁽⁹¹⁾ La questione era già incerta nelle decisioni della giurisprudenza precedente al T.U.; la situazione non è mutata con l'introduzione della nuova normativa: Cass. Sez. III, 26 settembre 2012, n. 37037; Cass., Sez. III, 31 agosto 2012, n. 33588, in *Jurisdata online*; Cass., Sez. III pen., 4 novembre 2008, n. 45057, in *Ambiente e sviluppo*, 2009, 3, p. 228, con nota di M. TAINA, *Sottoprodotti di origine animale: ancora un'interpretazione dei giudici italiani*; Cass., Sez. III pen., 26 gennaio 2007, n. 21676, in *Ambiente e sviluppo*, 2007, 10, p. 949. La difficoltà deriva non soltanto dalla incerta definizione di sottoprodotto ma anche dalla elasticità della nozione di bene produttivo. Su quest'ultimo si rinvia a A.C. NAZZARO, *Oggettività giuridica dei 'beni produttivi'. Contributo allo studio dei rapporti di affitto*, Napoli, 2002, p. 88 ss. In particolare, il bene produttivo presenta peculiari forme di titolarità. Per quest'ultima riflessione v., P. PERLINGIERI, *Proprietà, impresa e funzione sociale*, in *Riv. dir. impr.*, 1989, p. 207 ss.

vesse prevalere invece la seconda soluzione (ovvero la qualificazione come bene produttivo) il bene sarebbe liberamente utilizzabile dall'impresa al pari delle materie prime.

Il problema di interpretazione deriva dal poco rigore usato dal legislatore nella definizione delle operazioni compiute sui beni. L'art. 183, infatti, fornisce una ampia gamma di definizioni ma molte delle attività indicate sono difficilmente inquadrabili in una categoria definita e soprattutto per esse è complicato stabilire se si tratta di operazioni di riutilizzo o di una modalità che risponda all'obiettivo legislativo del termine disfarsi ⁽⁹²⁾.

E non è risultato decisivo il riferimento, spesso operato dalla nostra Corte di Cassazione, al c.d. « criterio oggettivo della destinazione naturale all'abbandono » ⁽⁹³⁾, e la conseguente affermazione della verifica di una obiettiva destinazione al riutilizzo ⁽⁹⁴⁾; ciò non soltanto in virtù della impossibilità di dare rigore naturalistico, prima ancora che giuridico, ad un simile criterio, ma soprattutto perché detto criterio non sarebbe utilizzabile per operazioni di recupero le quali sono chiaramente indirizzate ad un fine differente dal semplice abbandono o per operazioni che richiedono comunque un trattamento.

Anche la dottrina si è trovata spesso dinanzi a difficoltà interpretative ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ A solo titolo esemplificativo si consideri la definizione del termine smaltimento quale « qualsiasi operazione diversa dal recupero anche quando l'operazione ha come conseguenza secondaria il recupero di sostanze o di energia ». In questa definizione possono rientrare anche attività che lungi dall'identificare fasi terminali di un ciclo produttivo integrano veri e propri processi industriali. Quale allora la distinzione tra le materie che devono essere repute rifiuto e quelle che invece devono essere escluse da tale definizione?

⁽⁹³⁾ Cass. pen., 11 maggio 2001, n. 19215, v., anche Cass., 5 aprile 2001, 13808; Cass. pen., 11 maggio 2001, n. 19125, Cass., 4 giugno 2008, n. 22245, tutte in *Jurisdata online*; Cass. Sez. pen., 22 maggio 1997, n. 6222, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 1997, p. 1357 ss.

⁽⁹⁴⁾ Cass., 18 febbraio 2011, n. 3995, in *Jurisdata online*.

⁽⁹⁵⁾ Tra i tanti, cfr. G. DODARO, *La gestione dei rifiuti dopo il D.Lgs. n. 22 del 1997*, in *Riv. giur. ambiente*, 2000, p. 557 ss.; L.R. BIAN, *Richiesta alla Corte europea di giustizia una sentenza interpretativa sulla nozione di « rifiuto »*, in *Giur. merito*, 2003, p. 1803 ss.; M. BENOZZO, *L'interpretazione autentica della nozione di rifiuto tra diritto comunitario e nazionale*, in *Contr. impr. europa*, 2005, 2, p. 1118 ss.; F. CAROLEO GRIMALDI e A. MAIO, *Ancora sulla nozione di rifiuto tra normativa comunitaria e normativa interna*, in *Dir. giur. agraria ambiente*, 2005, p. 156; E. POMINI, *Rifiuti, residui di produzione e sottoprodotti alla luce delle linee guida della Commissione CE, della (proposta di) nuova direttiva sui rifiuti e della riforma del decreto legislativo 152/2006: si attenua il divario tra Italia ed Unione Europea?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 355; A. BORZÌ, *Rifiuto e sottoprodotto: evoluzione e prospettive di riforma in ambito comunitario*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2008, p. 428 ss.; S. MAGLIA e M.V. BALOSSI, *L'evoluzione del concetto di sottoprodotto*, in *Ambiente & Sviluppo*, 2008, p. 109 ss.

Si è tentato di distinguere tra rifiuti e non-rifiuti seguendo la strada in parte segnata dallo stesso legislatore ⁽⁹⁶⁾: perché un bene possa essere escluso dalla definizione di rifiuto « la sostanza o l'oggetto può essere utilizzato direttamente senza alcun ulteriore trattamento diverso dalla normale pratica industriale » (art. 184 bis).

Ma così i dubbi si spostano dalla nozione di disfarsi ⁽⁹⁷⁾ a quella di trattamento ⁽⁹⁸⁾. Quali caratteristiche deve possedere un'operazione preliminare al riutilizzo del residuo di produzione per essere reputata trattamento? Sono sufficienti la raccolta, il trasporto, il deposito, la cernita a conferire ad un'operazione la qualifica di "trattamento"?

La norma contenuta nell'art. 183 che definisce il trattamento come qualunque operazione di recupero o smaltimento, inclusa la preparazione prima del recupero o dello smaltimento, certo non aiuta a dirimere la questione.

E anche la definizione dell'art. 184 *ter* rubricato, "Cessazione della qualifica di rifiuto", non sembra dirimente ⁽⁹⁹⁾.

Una cosa tuttavia sembra palese: l'appartenenza ad una categoria piuttosto che all'altra deriva dalle operazioni cui la cosa è sottoposta ⁽¹⁰⁰⁾.

In altri termini, la legge in oggetto rappresenta un passo importante nella strada che porta ad una nuova lettura dell'art. 810 c.c. poiché introduce una definizione del bene giuridico che non prende in considerazione le caratteristiche naturali della cosa ma le sue possibili utilizzazioni ⁽¹⁰¹⁾.

Continuando nel ragionamento che stiamo tentando di portare avanti e riprendendo il ragionamento al quale si è già fatto cenno di un autorevo-

⁽⁹⁶⁾ Già con l'art. 14 del D.l. 8 luglio 2002, n. 138 convertito, con modificazioni, nella l. 8 agosto 2002, n. 78.

⁽⁹⁷⁾ Per i quali v., da ultimo, N. DE SADELEER, *Rottami metallici destinati alla produzione di metalli: l'obiettivo del regolamento (EU) n. 333/2011*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 311 ss.

⁽⁹⁸⁾ A. BIANCO, *La definizione di riciclo nella normativa europea e nazionale*, in *Ambiente*, 2004, p. 1057 ss. Sulla definizione della nozione di trattamento e di normale pratica industriale v., da ultimo, Cass., 10 maggio 2012, n. 1095, in *jurisdata online*.

⁽⁹⁹⁾ « Un rifiuto cessa di essere tale, quando è stato sottoposto a un'operazione di recupero, incluso il riciclaggio e la preparazione per il riutilizzo [...] ».

⁽¹⁰⁰⁾ V., le riflessioni di M. MAGRI, *Il riuso dei sedimenti marini da dragaggio: aspetti giuridici*, in *Riv. giur. ambiente*, 2012, p. 205 ss., il quale ripercorrendo la vicenda legislativa avente ad oggetto le terre e rocce da scavo conclude che « L'errore che può nascere dalla lettura di siffatte disposizioni, è convincersi che esse qualifichino la sostanza, mentre invero esse mostrano solo una possibilità di qualificazione, tramutabile in certezza all'esito di verifiche di fatto sul comportamento del detentore ».

⁽¹⁰¹⁾ Per questa impostazione sia consentito il rinvio a A.C. NAZZARO, *Oggettività giuridica dei 'beni produttivi'. Contributo allo studio dei rapporti di affitto*, cit., p. 49 ss.

lissimo autore ⁽¹⁰²⁾, se è vero che la stessa cosa può essere il substrato materiale di differenti beni giuridici, qui non sono semplicemente gli interessi del proprietario o di chi detiene la cosa ad un diverso titolo a differenziare la qualificazione giuridica del bene, ma è la destinazione impressa ad essa a permettere una qualificazione piuttosto che un'altra.

In altri termini, e tornando al nostro esempio, la medesima sostanza derivante da un processo produttivo può assumere qualificazioni diverse a seconda della destinazione che ad essa è impressa. E l'emersione di interessi di diversa natura può portare il legislatore ad imporre una destinazione piuttosto che un'altra anche contro la volontà del proprietario.

E se è la destinazione che qualifica il bene come giuridico, l'indagine in merito ad essa può contribuire ad individuare la categoria alla quale quel bene deve essere ascritto e in definitiva accertare la disciplina applicabile.

L'atto di destinazione riveste un ruolo fondamentale nella qualificazione del bene laddove nel procedimento di qualificazione del bene non è sufficiente che la cosa sia suscettibile di una determinata utilizzazione ma è necessario, come ribadito a più riprese dalla Corte di giustizia, un atto idoneo ad imprimere e a mantenere al bene stesso la sua specifica destinazione.

8. – Ulteriore esempio, più recente e, per certi versi più problematico, è quello della normativa sui beni culturali e del paesaggio ⁽¹⁰³⁾. Il “Codice dei beni culturali e del paesaggio” ⁽¹⁰⁴⁾ fornisce al primo comma dell'art. 10

⁽¹⁰²⁾ S. PUGLIATTI, *Beni*, cit., p. 172 ss.

⁽¹⁰³⁾ La locuzione beni culturali ha avuto difficoltà ad imporsi nel panorama legislativo italiano ed europeo. Per una panoramica anche storica v. M. AINIS, in M. AINIS e M. FIORILLO, *L'ordinamento della cultura. Manuale di legislazione dei beni culturali*, Milano, 2008, p. 165; R. TAMIOZZO, *La legislazione dei beni culturali e paesaggistici. Guida ragionata*, Milano, 4^a ed., 2009, p. 2 ss.; G. CLEMENTE DI SAN LUCA e R. SAVOIA, *Manuale di diritto dei beni culturali*, Napoli, 2008, p. 1 ss. Cfr., altresì, G. SCIULLO, *I beni*, in C. BARBATI, M. CAMMELLI e G. SCIULLO (a cura di), *Diritto e gestione dei beni culturali*, Bologna, 2011, p. 21 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ D.lgs., 22 gennaio 2004, n. 42, entrato in vigore il 1 maggio 2004, è stato ripetutamente modificato dal d.lgs., 24 marzo 2006, n. 156 (in particolare per la parte riguardante il procedimento di verifica di cui all'art. 12, le procedure di alienazione dei beni del demanio culturale di cui all'art. 55 e le attività di valorizzazione e gestione dei beni in mano pubblica definite dagli artt. 112 e 115), dal d.lgs., 26 marzo 2008, n. 62 (nuovamente intervenuto sulla disciplina della alienazione dei beni pubblici e sulla loro gestione introducendo una disciplina delle concessioni – art. 57 *bis* – oltre che in tema di circolazione internazionale). Infine, da ultimo è intervenuto il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito con la l. 12 luglio 2011, n. 106, che nell'ambito delle disposizioni in tema di sviluppo economico introduce alcune modifiche alla disciplina dei beni culturali e in particolare ha ampliato a 70 anni la richiesta “anzianità” del bene immobile per la verifica di culturalità di cui all'art. 12, ha modificato l'art. 59 limitando ai soli beni mobili l'obbligo di denuncia del trasferimento della detenzione.

una definizione di beni culturali, indicandoli nelle « cose immobili e mobili appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, che presentano interesse artistico, storico, archeologico o etnoantropologico » ⁽¹⁰⁵⁾.

Al secondo comma si aggiunge una elencazione di cose che sono beni culturali se appartenenti a soggetti pubblici. Infine, al terzo comma si procede ad un'elencazione di cose appartenenti a soggetti privati che possono essere dichiarate beni culturali.

La peculiarità della definizione e la sua non perfetta aderenza con l'art. 810 c.c. si rivela già dalla formulazione riportata che nella individuazione delle caratteristiche della cosa ai fini della qualificazione del bene giuridico fa un espresso richiamo all'appartenenza pubblica o privata di essa ⁽¹⁰⁶⁾. Le perplessità poi si acuiscono nell'analisi del procedimento di verifica/dichiarazione dove nuovamente si delinea un criterio di distinzione soggettivo basato sulla appartenenza (che non sempre è titolarità) pubblica o privata delle cose.

Specificamente, per le cose indicate al primo comma dell'art. 10, cioè quelle appartenenti allo Stato, alle regioni, agli altri enti pubblici territoriali, nonché ad ogni altro ente ed istituto pubblico e a persone giuridiche private senza fine di lucro, è previsto un meccanismo di verifica in pendenza del quale si applicano le disposizioni del codice dei beni culturali. Questi beni sono, a parere della dottrina, presuntivamente culturali, nel senso che il meccanismo definito dall'art. 12 c.b.c. avrebbe esclusivamente la funzione di verificare l'esistenza di un carattere (di culturalità) che già si presume essere insito nella cosa e per questa ragione si dispone l'immediata applicazione della disciplina relativa alla categoria di beni dei quali essa si presume essere parte ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Anche qui, come per la normativa sui rifiuti, l'elencazione è meramente esemplificativa. G. MORBIDELLI, Sub art. 10, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano, 2012, p. 123 ss.

⁽¹⁰⁶⁾ Diversità che tuttavia si riscontra esclusivamente nel procedimento dettato per la qualificazione del bene il quale una volta acquisito alla categoria dei beni culturali è sottoposto al medesimo regime vincolistico. Per queste riflessioni v., C. ZUCHELLI, Sub art. 13, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali*, cit., p. 151. Non sembra invece accoglibile la tesi di chi individua due differenti regimi di circolazione dei beni culturali di appartenenza pubblica e privata. Così, A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, cit., p. 123 ss. Nello stesso senso, A. MIGNOZZI, *La prelazione quale strumento di fruizione dei beni alla collettività*, in *Obbl. e contr.*, 2009, p. 162 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ In questo senso G. FAMIGLIETTI e D. CARLETTI, Sub artt. 10 e 11, in R. TAMIOZZO (a cura di), *Il codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 56; A. PONTRELLI, Sub art. 12, in A.

Sono poi presi in considerazione altri beni, anch'essi appartenenti a soggetti pubblici, per i quali l'applicazione della normativa sui beni culturali è disposta *ex lege* senza necessità di alcun procedimento amministrativo che abbia lo scopo di verificarne o dichiararne il carattere culturale (art. 10, comma 2) ⁽¹⁰⁸⁾.

Infine, le cose elencate al terzo comma dell'art. 10, appartenenti a soggetti privati devono essere sottoposte al procedimento di dichiarazione (art. 13) che, se concluso con esito positivo, ne sancisce la qualificazione di beni culturali e la conseguente applicazione delle norme del codice ⁽¹⁰⁹⁾.

Come si diceva, la particolarità delle modalità di qualificazione giuridica delle cose in oggetto si mostra in tutta la sua evidenza proprio per il richiamo nel procedimento stesso alla titolarità (*rectius* appartenenza) del bene. Detto richiamo appare palesemente in contrasto con qualunque altra modalità definitoria dei beni giuridici e finanche con la qualificazione dei beni pubblici per i quali, come si è visto, ciò che rileva è l'interesse pubblico sotteso al loro godimento e non il titolo di appartenenza a soggetti pubblici a decretarne l'inclusione nella categoria ⁽¹¹⁰⁾.

ANGIULI e V. CAPUTI JAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, p. 70; G. DE GIORGI CEZZI, *Verifica dell'interesse culturale e meccanismo del silenzio-assenso*, in *Aedon*, 3/2003; M. ALTERIO, *Individuazione e regime giuridico dei beni culturali*, in M.A. CABIDDU e N. GRASSO (a cura di), *Diritto dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2004, p. 80.

⁽¹⁰⁸⁾ Per questi beni, secondo parte della dottrina, è l'inclusione in raccolte, museali, archivistiche o librerie, che presuppone già avvenuta una valutazione di rilevanza culturale. In questi termini N. AICARDI, *L'individuazione dei beni pubblici culturali di appartenenza pubblica e di enti privati non lucrativi*, in A. POLICE (a cura di), *I beni pubblici*, cit., p. 313 ss. Detta valutazione, tuttavia, è semmai compiuta dal soggetto titolare del bene e non dall'amministrazione pubblica a ciò deputata.

⁽¹⁰⁹⁾ In assenza di essa restano sottoposti al regime ordinario. Specificamente sul punto, N. ASSINI e G. CORDINI, *I beni culturali e paesaggistici, diritto interno, comunitario e internazionale*, Padova, 2006, p. 89 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Il requisito della titolarità pubblica, peraltro, appare debole e di difficile comprensione, laddove è lo stesso art. 12 che ne svilisce il significato affermando che il mutamento di titolarità del bene non ne comporta un mutamento dello *status* giuridico. È necessario mettere a confronto due norme: da un lato il comma 9 dell'art. 12, dall'altro il comma 2 dell'art. 13; «l'art. 12, comma 9, sottopone al procedimento di verifica dell'interesse le cose di cui al comma 1 del medesimo articolo [...] anche quando tali soggetti mutino la loro natura giuridica. Le due disposizioni solo apparentemente raggiungono i medesimi effetti. Infatti, la permanenza della qualificazione disposta dal comma 2 dell'art. 13 è di segno positivo, nel senso cioè che i beni indicati al comma secondo (cioè quelli di cui al secondo comma dell'art. 10) sono a priori considerati dalla legge beni culturali, e dunque il mutamento della natura giuridica del proprietario non elimina tale qualificazione né la sottopone a verifica. Viceversa, il comma 9 del-

Al contrario, nella definizione del bene culturale l'appartenenza ad un soggetto pubblico ne influenza la qualificazione poiché i beni indicati al primo comma dell'art. 10 c.b.c. sono beni culturali soltanto se appartenenti a soggetti pubblici. In caso contrario le medesime cose potrebbero acquisire la qualificazione di beni culturali soltanto a seguito della dichiarazione di cui all'art. 13. Si deve tuttavia avvertire che il procedimento di verifica (art. 12) e di dichiarazione (art. 13) non si differenziano soltanto per il momento di applicazione della disciplina, poiché essi sono profondamente differenziati con riguardo ai presupposti: la verifica richiede un interesse culturale semplice, la dichiarazione necessita invece dell'esistenza di un interesse culturale particolarmente qualificato. Ciò anche se il sostrato materiale è comunque il medesimo ⁽¹¹¹⁾, mentre è l'interesse che acquista un valore differente ai fini della qualificazione ⁽¹¹²⁾.

La ragione che potrebbe spiegare una simile differenza potrebbe ritrovarsi nella distinzione stessa tra beni pubblici e privati o meglio tra proprietà pubblica e privata laddove la prima, com'è noto, è funzionalizzata alla soddisfazione di interessi collettivi e risulta con maggiore facilità assoggettabile ad un regime vincolistico. E in queste considerazioni già traspare la difficoltà incontrata dal legislatore dei beni culturali nel dettare una disciplina che spesso rappresenta una difficile mediazione tra esigenze di tutela e fruizione pubblica dei beni culturali e garanzia dei diritti del proprietario privato ⁽¹¹³⁾. Detta mediazione non sembra così stringente per i beni in pro-

l'art. 12 introduce una disposizione di segno opposto, poiché obbliga alla verifica i beni anche nel caso di mutamento della natura giuridica del proprietario ». V. C. ZUCHELLI, Sub art. 14, cit., p. 190 ss.

⁽¹¹¹⁾ A. GIUFFRIDA, *Contributo allo studio della circolazione dei beni culturali in ambito nazionale*, cit., p. 65 ss. Cfr., altresì, G. MORBIDELLI, Sub art. 10, cit., p. 132 s.; C. ZUCHELLI, Sub art. 13, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 177.

⁽¹¹²⁾ Si consideri che l'interesse preso in considerazione dalla normativa in oggetto non deve essere identificato con il concetto di utilità poiché esso non deve essere inteso in senso meramente economico, ma può essere valutato anche (e soprattutto) alla stregua dei valori ideali espressi dal bene medesimo. Per queste considerazioni v., T. ALIBRANDI e P. FERRI, *I beni culturali e ambientali*, in *Comm. legisl. amm.* Piga, Milano, 2001, p. 422 ss.

⁽¹¹³⁾ Perché è il concetto stesso di bene culturale che porta con sé una necessità di fruizione pubblica indipendentemente dalla natura giuridica del soggetto proprietario: A. PERINI, Sub art. 102, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, cit., p. 797 ss.; M. RENNA, *Beni pubblici*, cit., p. 714 ss.; F. MONCERI, *I beni culturali da categoria estetica a « patrimonio collettivo »*, in G. COLOMBINI (a cura di), *La nozione flessibile di proprietà pubblica. Spunti di riflessione di diritto interno ed internazionale*, Milano, 2008, p. 395 ss., spec., p. 40; E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2011, p. 225 s.; M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 31; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Tratt. di dir. civ. e comm. Cicu e Messineo*, Milano, 1995, p. 425 ss.

prietà pubblica che presuppongono una funzionalizzazione dei poteri del titolare agli interessi della collettività ⁽¹¹⁴⁾.

Volendo comunque approfondire il contenuto e la specificazione dell'interesse richiesto ai fini della qualificazione dei beni culturali, siano essi di proprietà pubblica o privata, esso è definito dall'art. 2 del codice dei beni culturali e può essere storico, artistico, etnoantropologico, bibliografico, archivistico, o comunque definito dalla legge per « le altre cose quali testimonianze aventi valore di civiltà ». La specificazione tuttavia non coglie nel segno poiché detto interesse non può da solo giustificare l'imposizione di una disciplina vincolistica, per esso è specificata ulteriormente la funzione che è quella, definita dallo stesso art. 2 del codice, di essere una testimonianza avente valore di civiltà ⁽¹¹⁵⁾.

A ben vedere poi la indicazione dell'interesse nelle sue specificazioni di interesse artistico, storico e così via, risulta fuorviante perché non soltanto da sola non raggiunge lo scopo di rendere possibile la creazione della categoria, ma anche induce in errore ove gli si voglia assegnare un ruolo di requisito per la qualificazione poiché esso non è necessario ai fini della definizione. Si prenda ad esempio l'interesse artistico che potrebbe far protendere per la necessità di un certo grado di rilevanza artistica della cosa; ma anche un dipinto di nessuna valenza artistica che testimonia la "civiltà" di una determinata società è bene culturale e per il suo collegamento con una determinata cultura può entrare a pieno titolo tra i beni culturali. Di contro anche un'opera di sicuro valore artistico potrebbe non essere portatrice dell'interesse necessario alla definizione del bene culturale.

⁽¹¹⁴⁾ Una lettura dei beni di proprietà pubblica in questa direzione è offerta di recente da Cass. civ., Sez. un., 14 febbraio 2011, n. 3665, in *Giur. it.*, 2011, p. 12 ss., con nota di C. MORGANA CASCIONE, *Le Sezioni unite oltre il codice civile. Per un ripensamento della categoria dei beni pubblici*. Cfr., altresì, Cons. Stato, 13 luglio 1989, in *Cons. Stato*, I, p. 1072 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Testimonianza che non è un semplice collegamento con un fatto storico, ma deve essere intesa come idoneità a rappresentare e trasmettere il ricordo (secondo alcuni) o forse meglio il valore di civiltà di un peculiare momento storico. Cfr., sul punto, C. ZUCHELLI, *Sub art. 13*, cit., p. 156. In questo senso si afferma che si è di fronte ad una nozione aperta (M.S. GIANNINI, *I beni culturali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, p. 8) nella quale « rientrano beni la cui validità culturale è sempre e da tutti accettata, ma anche beni che riescono ad imporsi *ex post* all'attenzione collettiva, dopo essere stati magari per lungo tempo rifiutati, oltre che beni che pur non avendo nessun valor artistico o pregio sono comunque beni di interesse pubblico per il loro valore storico o archeologico »: F. MONCERI, *I beni culturali da categoria estetica a « patrimonio collettivo »*, cit., p. 403. Cfr., altresì, G. MORBIDELLI, *sub art. 10*, cit., p. 126 ss. Il significato della locuzione è tuttavia di difficile definizione. Sull'argomento v. le riflessioni di R. DI RAIMO, *Proprietà, economia pubblica e identità nazionale*, cit., p. 3 ss. Cfr., altresì, T.A.R. Lombardia, sez. II, 19 dicembre 2011, n. 3239, in *Foro amm. TAR*, 2011, p. 3838 ss.

Significativo è un caso, affrontato a più riprese dalla giurisprudenza, della revisione del vincolo su una “Commode” francese “Luigi XV”. I giudici a seconda del Paese di origine o di esportazione valutano la possibilità o meno di assoggettare il bene alla disciplina restrittiva dei beni culturali. La rilevanza artistica della cosa non è mai messa in dubbio, l’opera tuttavia a volte non è reputata bene culturale per l’assenza del requisito della rilevanza culturale poiché per essa non si rinviene il necessario collegamento con il patrimonio storico artistico italiano.

Per vero, la nozione di bene culturale, assumendo quale parametro esclusivamente il collegamento con la civiltà di una determinata società risulta completamente slegata dal concetto estetico approdando ad una prospettiva di prevalenza storico-sociale, e cioè la testimonianza di civiltà. In definitiva l’unico carattere richiesto, che peraltro è oggetto di valutazione ai fini della verifica (art. 12) e della dichiarazione (art. 13) è l’essere testimonianza di civiltà e la graduazione dell’interesse, semplice o particolarmente rilevante, incide semplicemente sulla valutazione della rilevanza sociale del bene ai fini della sua qualificazione giuridica.

La cosa, comunque, non possiede *ab origine* le caratteristiche necessarie alla sua appartenenza alla categoria ma le acquista successivamente, a seguito del suo collegamento con un luogo, un avvenimento, una cultura ⁽¹¹⁶⁾.

L’interesse riacquista rilevanza se interpretato non quale requisito, ma quale parametro valutativo per la verifica della funzione e dispiega tutta la sua utilità nella graduazione che il potere pubblico deve operare in ragione della natura pubblica o privata del soggetto proprietario.

Così l’interesse è definito *ex lege* per i beni indicati al secondo comma dell’art. 2; per essi la qualificazione deriva dall’appartenenza alla categoria e dall’appartenenza pubblica. Diversamente, l’interesse è presunto per le cose menzionate dal primo comma della medesima disposizione; qui più che l’elencazione dei beni è l’appartenenza pubblica e la verifica di un interesse, rilevante ai fini del codice, ma genericamente definito. Infine, per le cose elencate al terzo comma è necessaria una “dichiarazione” di culturalità legata ad una particolare conformazione dell’interesse che attribuisce alla cosa la qualificazione di bene culturale, con l’applicazione della disciplina del Codice dei beni culturali.

⁽¹¹⁶⁾ Infatti l’interesse, nelle sue diverse specificazioni, non può mai essere inteso in senso individualistico, ma deve assumere il ruolo di interesse ascrivibile, in un determinato momento storico, ad una determinata comunità. Per i termini del relativo dibattito v., M. GRAZIADEI, *I beni culturali: alcuni temi e motivi di interesse comparatistico*, in G. ALPA, G. CONTE, V. DI GREGORIO, A. FUSARO e U. PERFETTI (a cura di), *I beni culturali nel diritto. Problemi e prospettive*, cit., p. 21 s.

9. – Gli esempi da ultimo riportati della normativa in tema di rifiuti e in quella a tutela dei beni culturali risultano importanti anche per le peculiarità della disciplina relative all'individuazione dei soggetti obbligati: le norme che attribuiscono poteri o doveri, e le stesse disposizioni già esaminate che contribuiscono a definire la fattispecie, mostrano di non dare rilevanza al titolo in base al quale si gode del bene facendo sempre un generico riferimento al detentore, per quanto riguarda il T.U. Ambiente, e alla triade “proprietario, possessore, detentore” per quel che concerne il codice dei beni culturali. Ciò testimonia come il legislatore sia pragmaticamente preoccupato di definire le modalità e i limiti di utilizzazione della cosa senza occuparsi di individuare i poteri del proprietario e la sua posizione rispetto ai terzi ⁽¹¹⁷⁾. Si tratta di un radicale mutamento di prospettiva rispetto alla formulazione generica ed onnicomprensiva dell'art. 832 c.c. che definiva i poteri del proprietario rispetto alle libertà eccezionalmente attribuite a terzi soggetti ⁽¹¹⁸⁾.

Gli esempi sono certamente più numerosi nella normativa sui beni culturali. Qui è infatti dettata una disciplina incentrata sul bene e sulle sue necessità di godimento collettivo. Così, ad esempio, l'art. 30, comma 3, nell'imporre ai privati l'obbligo conservativo indica quali soggetti obbligati « i privati proprietari, possessori o detentori di beni culturali » ⁽¹¹⁹⁾. Così, ancora, in tema di obblighi di rispetto delle prescrizioni del soprintendente e di successiva riduzione in pristino in caso di inadempimento, sono reputati destinatari delle prescrizioni dell'art. 160 tutti coloro i quali hanno un rap-

⁽¹¹⁷⁾ In questo senso, il legislatore si è preoccupato di verificare l'effettiva utilizzazione del bene e non la sua titolarità giuridica. Nello stesso senso, sembra possibile affermare che in tal modo la norma riesce a conciliare la discrasia tra fatto e diritto. Per la distinzione v., R. DI RAIMO, *Autonomia privata e dinamiche del consenso*, Napoli, 2003, p. 34 s.

⁽¹¹⁸⁾ Per vero, questa rilevanza dell'appartenenza non è nuova al nostro codice civile che conosce, com'è noto, la rilevanza del possesso. Tale situazione, ove letta in accordo con il suo ruolo attuale di godimento e non potenziale di acquisto della proprietà (per questa visione cfr., M. FRANCESCA, *Il ruolo del tempo nella trascrizione (principio di continuità e criteri di prevalenza)*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 73 ss.; M. GORGONI, *La circolazione traslativa del possesso*, Napoli, 2007, p. 34 ss.; F. ALCARO, *Il possesso*, in *Cod. civ. commentario* Schlesinger, Milano, 2003, p. 193 ss.), potrebbe essere maggiormente utilizzata per la definizione dei poteri di soggetti che entrano in contatto con i beni dei quali si tratta.

⁽¹¹⁹⁾ Sull'articolo v., Cons. Stato, sez. VI, 5 settembre 2011, n. 4992, in *Foro amm. CDS*, 2011, p. 2817 ss. Che proprio in riferimento all'ampia applicabilità della norma reputa obbligato anche l'acquirente di bene che non abbia ancora acquistato la proprietà essendo il contratto sottoposto a condizione sospensiva. L'acquirente, tuttavia, era già entrato nella disponibilità del bene pertanto il soggetto « indipendentemente dall'avvenuta perfezione della sua condizione di proprietario » poteva essere « considerato quale soggetto obbligato alla conservazione dell'immobile in esame, perché quanto meno suo detentore ».

porto diretto con il bene ⁽¹²⁰⁾. Così, infine, in tema di dichiarazione di interesse culturale, a norma dell'art. 13, l'avvenuta dichiarazione dovrà essere comunicata al « proprietario, possessore o detentore » potendosi presumere che la comunicazione dovrà essere fatta a chi sia nella detenzione materiale del bene onde evitare che possa porre in essere atti pregiudizievoli.

Come si diceva, la normativa mostra di voler, con una soluzione per vero assai poco ortodossa, ma che si sta imponendo con sempre maggiore frequenza in tempi recenti, colpire chiunque e a qualunque titolo entri in contatto materiale con il bene restando assorbiti i problemi relativi alla tutela del proprietario. La ragione di questa scelta legislativa può essere ricercata nella circostanza che il bene, per essere qualificato come culturale necessita di una « cristallizzazione del valore d'uso » e di « una conseguente stabilizzazione funzionale [...] apprezzabile in termini di destinazione in senso tecnico ». Detta destinazione « interrompe il rapporto dominicale » ⁽¹²¹⁾ inteso in senso tradizionale tra il bene e il suo titolare facendo assumere rilievo esclusivamente alla funzione oggettiva.

Ma anche per i rifiuti ciò che assume rilievo è il valore d'uso del bene. Tanto che anche il richiamo alle condizioni di mercato è interpretato come indice di possibilità di utilizzazione produttiva del bene ⁽¹²²⁾.

Come si diceva, la soluzione legislativa sembra altamente innovativa e può essere utile nella ricerca di una rinnovata definizione giuridica dei beni che risulti autonoma rispetto ai diritti, soprattutto proprietari, che insistono sui singoli beni giuridici ⁽¹²³⁾.

⁽¹²⁰⁾ Cons. Stato, sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 7635, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2588 ss.

⁽¹²¹⁾ R. DI RAIMO, *La « proprietà » pubblica degli enti privati senza scopo di lucro: intestazione e gestione dei beni culturali*, in *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 1101 ss., spec. p. 1109 s., il quale rileva che « le cose in maggioranza nascono tutte come beni ordinari, ovvero come beni mercantili. [...] Nel tempo, è impossibile individuare un momento preciso, il bene cambia: con l'uso, non in conseguenza di un atto puntuale. A cambiare non è ovviamente la cosa – che è sempre la stessa – ma l'interesse collocato ad epicentro della situazione giuridica della quale il bene è terminale oggettivo. [...] la nuova qualificazione (non opera ma) presuppone il riconoscimento di una cristallizzazione del valore d'uso e una conseguente stabilizzazione funzionale del bene apprezzabile in termini di destinazione in senso tecnico ».

⁽¹²²⁾ V., in proposito, E. POMINI, *Rifiuti, residui di produzione e sottoprodotti alla luce delle linee guida della Commissione CE, della (proposta di) nuova direttiva sui rifiuti e della riforma del decreto legislativo 152/2006: si attenua il divario tra Italia ed Unione Europea?*, in *Riv. giur. ambiente*, 2008, p. 355, il quale specifica che il riferimento al mercato permette di utilizzare un parametro maggiormente valutabile rispetto al semplice valore economico che potrebbe essere anche il risparmio dei costi legati allo smaltimento.

⁽¹²³⁾ Un auspicio in questo senso era stato già formulato, parecchi anni addietro da S. PUGLIATTI, *La proprietà e le proprietà*, cit., p. 145 ss., il quale sono i differenti statuti dei beni a definire diversi statuti proprietari.

In altri termini sembra possibile affermare che le più recenti norme a tutela dei c.d. nuovi beni si discostano dagli schemi classici formulati sulla base della interpretazione letterale dell'art. 810 per approdare ad un sistema di regole che pone in secondo piano i poteri e gli interessi del proprietario. Ciò non significa ritornare ad un sistema di qualificazione basato sulle caratteristiche materiali della cosa. Al fondo del procedimento di qualificazione giuridica restano comunque gli interessi che funzionalizzano la disciplina e la destinazione impressa al bene ⁽¹²⁴⁾. Ciò che muta è la rilevanza della titolarità di questi interessi che se prima era relativa soprattutto alle situazioni di tipo proprietario oggi supera il rapporto di titolarità per far prevalere il solo potere di godimento che può essere legittimamente riconosciuto e garantito anche a soggetti non proprietari ⁽¹²⁵⁾.

E la rilevanza stessa della situazione proprietaria muta e con essa i poteri del titolare ⁽¹²⁶⁾, poiché se il godimento del bene può e deve essere garantito anche a terzi soggetti, allora anche i poteri del proprietario risultano fortemente conformati per garantire la possibilità di esercizio del potere di godimento dei terzi ⁽¹²⁷⁾.

Si tratta di un nuovo modo di intendere la proprietà e i beni. Infatti il godimento diviene un potere attribuibile a più soggetti e detta attribuzione non necessita di uno spoglio del potere da parte del proprietario ⁽¹²⁸⁾. Que-

⁽¹²⁴⁾ V. le riflessioni di G. PALMA e P. FORTE, *Beni pubblici in appartenenza individuale*, in AA.VV., *Titolarità pubblica e regolazione dei beni. La dirigenza nel pubblico impiego*, cit., p. 291 s. Gli autori affermano la necessità di spostare l'accento « dal soggetto, dal dominio, dal proprietario alla cosa, alle sue qualità, alle sue funzioni e destinazioni », in tal modo, assegnando un ruolo centrale al « regime giuridico della *res*, e cioè ciò che per un verso la rende un bene in senso giuridico » relegando invece « sullo sfondo il tema della imputazione che, così, perde del tutto valore ». E si aggiunge: « Ciò che davvero interessa, per questi beni, è che siano e rimangano pubblici in sé, indipendentemente da chi ne sia proprietario, e dunque che a questo sia imposto un regime di tutela, di conservazione e di utilizzo che, al minimo, rispetti quel valore della cosa, ed in più che provveda alla sua valorizzazione, che non può che essere intesa in senso pubblico ».

⁽¹²⁵⁾ Afferma che la proprietà (e i diritti reali in genere) non esauriscono tutte le forme di appartenenza P. PERLINGIERI, *Introduzione alla problematica della « proprietà »*, Napoli, 1970, p. 102 ss.

⁽¹²⁶⁾ Perde rilievo anche il carattere dell'appartenenza: cfr., F. ALCARO, *Riflessioni 'vecchie' e 'nuove'*, cit., p. 928 ss.

⁽¹²⁷⁾ In questo senso non sembra accoglibile l'affermazione del carattere astratto della proprietà privata, la quale risulterebbe indifferente alla qualità delle cose: P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 259 ss.

⁽¹²⁸⁾ V., sul punto, le interessanti riflessioni di U. VINCENTI, *Res e dominus*, cit., p. 26 ss., il quale, dopo aver rimarcato che il *dominium* del diritto romano era l'appartenenza esclusiva di una cosa corporale, conclude che « oggi, se esiste ancora il *dominus*, non esiste più il *domi-*

st'ultimo anzi, al pari degli altri soggetti, ha diritto a godere del bene, ciò che cambia è che non si trova più in una posizione privilegiata ma deve condividere tale potere con i terzi e attivarsi affinché che detto potere sia condiviso. Basti pensare all'obbligo per il proprietario di un bene culturale portatore di un interesse particolarmente qualificato di garantire il diritto di visita dei terzi. Ma anche l'imposizione di attività di restauro rigidamente predeterminate quanto a tempi e modalità non permette più di affermare l'esistenza di una assoluta signoria del soggetto sul bene.

Si tratta comunque di una evoluzione dell'applicazione dell'art. 42 cost. e di una rinnovata centralità della funzione sociale che è a fondamento del diritto ⁽¹²⁹⁾.

Anche la normativa in tema di rifiuti sembra portare in questa direzione, laddove lo smaltimento della cosa non è lasciato alla libera disponibilità del proprietario essendo invece previsti obblighi di riciclo e riutilizzazione che non permettono di affermare sempre il potere assoluto del proprietario di utilizzare il bene fino a distruggerlo.

Se si accoglie questa prospettiva resta difficile comprendere la necessità, alla quale si è già fatto cenno, di creare la nuova categoria dei beni comuni. A ben vedere, facendo tesoro anche di quanto la vicenda dell'assegnazione delle frequenze radiotelevisive ci ha mostrato, qualunque bene potrebbe a seguito del progresso sociale necessitare della garanzia accordabile ai c.d. beni comuni ⁽¹³⁰⁾. Ma piuttosto che creare nuove categorie ⁽¹³¹⁾,

nium ». L'a. raggiunge questa conclusione proprio sulla base della valutazione della rilettura delle norme codicistiche, e in particolare dell'art. 832, alla luce della costituzione e delle leggi speciali.

⁽¹²⁹⁾ Operazione comunque necessaria. Infatti, « per conoscere il diritto non basta apprendere le leggi, ma occorre comprendere la struttura della società, l'economia, l'etica, i sentimenti che l'animano, la sua cultura. In definitiva, il diritto è fenomeno culturale, perenne confronto del sistema giuridico con la realtà fattuale, insieme di questioni e possibili soluzioni, in una prospettiva storica ». Così, P. PERLINGIERI, *"Dittatura del relativismo" e "tirannia dei valori"*, in *Iustitia*, 2011, p. 225 ss., spec. p. 231. L'a. si era già espresso in senso analogo in ID., *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188 ss., ove anche approfondimenti di carattere sistematico.

⁽¹³⁰⁾ Basti pensare all'eccessivo ampliamento che, nelle proposte della dottrina, si auspica della categoria. Muovendo dalla definizione contenuta nella proposta della Commissione Rodotà, che identificava i beni comuni nelle « cose che esprimono utilità funzionali all'esercizio dei diritti fondamentali nonché al libero sviluppo della persona » (art. 1, lett. c), si tende infatti a comprendere in essa qualunque esigenza personalistica e si parla dunque di beni comuni con riguardo all'informazione, alla conoscenza, alla salute, al lavoro Cfr., per i diversi esempi, G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni: riflessioni sul caso « Myriad Genetics »*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 281 ss.

⁽¹³¹⁾ Significativa a tal proposito è l'affermazione secondo cui l'unità descrittiva di una

che restano comunque descrittive ⁽¹³²⁾, sembra più opportuno valutare per i singoli beni la disciplina applicabile e avere la forza di riconoscere che i tempi sono maturi per una rinnovata lettura delle norme in tema di proprietà ⁽¹³³⁾ ed una reale attuazione del dettato costituzionale, soprattutto del presupposto per il riconoscimento della funzione sociale ⁽¹³⁴⁾. Già da tempo attenta dottrina aveva avvertito che la proprietà non ha funzione sociale ma è funzione sociale. Il diritto non è cioè giustificato da una necessità di signoria di un soggetto rispetto agli altri ⁽¹³⁵⁾, ma si deve inquadrare

categoria è connessa con la possibilità di individuare uno speciale regime giuridico unitario. Così, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1993, p. 133. Sulla ridotta utilità dell'eccessivo proliferare delle categorie giuridiche v., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 116 ss.

⁽¹³²⁾ Si v., ad esempio, la diversa formulazione di K. POLANY, *The Livelihood of men*, New York, 1977, p. 10, riportato da G. RESTA, *La privatizzazione della conoscenza e la promessa dei beni comuni*, cit., p. 282, il quale propone la categoria dei *fictitious commodity* quali beni che pur non avendo strutturalmente la forma di merci non regolati come tali. L'a. fa rientrare nella categoria anche il lavoro, che alcuni fautori della teoria dei beni comuni considerano tale.

⁽¹³³⁾ In questo senso sicuramente condivisibili sono le riflessioni di S. RODOTÀ, *Beni comuni: una strategia globale contro lo human divide*, in M.R. MARELLA (a cura di), *Oltre il pubblico e il privato. Per un diritto dei beni comuni*, Verona, 2012, p. 313 ss. Non si chiarisce tuttavia perché esse debbano essere riferite ad una categoria predeterminata di beni. Già da tempo, infatti, autorevole dottrina ha rilevato che l'estensione della tutela accordata all'interesse pubblico e a quello privato, all'interno di ogni fattispecie giuridica, è affidata al legislatore. Detto rapporto, infatti, è alla base di ogni forma di tutela giuridica: S. PUGLIATTI, *Interesse pubblico e interesse privato nel diritto di proprietà*, cit., p. 49.

⁽¹³⁴⁾ In questo senso sembra che possa essere rivalutata l'interpretazione dottrinale tendente ad assimilare proprietà pubblica e privata sulla considerazione che la diversità di regime, tra beni pubblici e privati, non debba far dubitare sulla unicità della natura dell'istituto proprietario. In tal senso, A.M. SANDULLI, *Diritto amministrativo*, II, Napoli, 1989, p. 765; P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1999, p. 238.

⁽¹³⁵⁾ Illuminanti le parole di S. PUGLIATTI, *Strumenti tecnico-giuridici per la tutela dell'interesse pubblico nella proprietà*, ora in *La proprietà nel nuovo diritto*, cit., p. 107: « La proprietà oggi non è proprietà (esclusivamente) individuale, ma è pur sempre proprietà dell'individuo; è, sotto ogni aspetto, proprietà privata, ma atteggiata e orientata in modo da consentire la più idonea tutela dell'interesse pubblico. È, dunque, e rimane proprietà, cioè: signoria generale ed indipendente sulla cosa comprendente in astratto qualunque facoltà di utilizzazione e di sfruttamento della cosa medesima; proprietà dell'individuo, in quanto titolarità esclusiva a favore di un soggetto determinato. È e rimane proprietà privata, in antitesi a quella proprietà pubblica che spetta allo Stato ed agli enti territoriali minori (province, comuni) sui beni detti demaniali o di uso pubblico. Non conserva però il carattere spiccatamente individualistico della proprietà tradizionale perché se fondamentalmente è garanzia dell'attuazione di un interesse che è del singolo proprietario, costituisce anche uno dei mezzi più largamente impiegabili per l'attuazione di interessi che trascendono la sfera individuale ».

nell'epoca storica attuale ⁽¹³⁶⁾. E se quando è nato rappresentava la necessità di riscatto del ceto borghese rispetto alla nobiltà di allora ⁽¹³⁷⁾, oggi deve assumere una funzione differente anche di servizio nei confronti della società ⁽¹³⁸⁾.

⁽¹³⁶⁾ In questo senso sembra che possa essere letta la disciplina della proprietà desumibile dalla normativa dell'Unione europea. Non essendo questa la sede per approfondire il dibattito tra quanti criticano le disposizioni comunitarie reputandole contrastanti con la Carta costituzionale italiana perché l'inclusione della proprietà tra i diritti e le libertà fondamentali (a norma dell'art. 17 CEDU: "Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale") avrebbe negato la sua matrice solidaristica (L. NIVARRA, *La proprietà europea tra controriforma e "rivoluzione passiva"*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 622 ss.; C. SALVI, *La proprietà privata e l'Europa. Diritto di libertà o funzione sociale?*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 426; M. COMPORTI, *La proprietà europea e la proprietà italiana*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 189 ss.) e coloro i quali negano invece la totale subordinazione del diritto europeo ai valori di matrice neoliberistica (S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 365; S. RODOTÀ, *Il progetto della Carta europea e l'art. 42 Cost.*, in M. COMPORTI (a cura di), *La proprietà nella Carta dei diritti fondamentali: atti del Convegno di studi organizzato presso l'Università degli studi di Siena: Siena, 18-19 ottobre 2002*, p. 159 ss.), basti qui osservare che, come già da tempo rilevato, ogni regola e principio deve essere interpretata all'interno del sistema nel quale è inserita (P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. cod. civ. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss.; ID., *Interpretazione ed evoluzione dell'ordinamento*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 159 ss.). E un'interpretazione sistematica e assiologica anche della norma in parola, se inserita nel contesto comunitario, prima del nostro attento alle problematiche ambientali e di tutela del patrimonio culturale, non può che essere letta nel senso di recuperare la funzione sociale assegnata al diritto di proprietà. V., in questo senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 525 ss.; A. LUCARELLI, *Art. 17. Diritto della proprietà*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 143; M. TRIMARCHI, *I beni*, in C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, II, pp. 5 e 18.

⁽¹³⁷⁾ N. MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, 1976, p. 132 ss.; P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1976-1977, p. 314 s.; A. BALDASSARRE, *Proprietà. I. Diritto costituzionale*, in *Enc. giur. Treccani*, XXV, Roma, 1992, p. 1.

⁽¹³⁸⁾ Significativa è la nota decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso della definizione dell'indennità di esproprio 29 luglio 2004, Scordino c. Italia, confermata dalla Grande Camera il 29 marzo 2006. La Corte ha affermato il principio secondo il quale l'espropriato avrebbe diritto ad un indennizzo pari al valore di mercato del bene. La sentenza è stata da molti letta quale conferma della frattura insanabile tra il concetto di proprietà inter-

Si tratta sempre di operare un bilanciamento di interessi, tuttavia nella rinnovata composizione dei poteri, per garantire il corretto funzionamento del sistema, gli interessi del proprietario non possono dirsi preminenti ad ogni costo.

no e quello comunitario. Con diverse sfumature v. i commenti di F.G. SCOCA, *Modalità di espropriazione e "rispetto" dei beni (immobili) privati*, in *Dir. amm.*, 2006, p. 519 ss., R.M. BOVA, *Indennità di espropriazione. L'Italia condannata dalla CEDU*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, p. 542 ss.; F. MANGANARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 410 s. La pronuncia, che ha anche provocato una inversione di tendenza degli orientamenti della nostra Corte costituzionale (Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349) e una modifica al sistema di calcolo dell'indennità di espropriazione (v., art. 37, commi 1 e 2 d.p.r. 8 giugno 2001, n. 237, come sostituiti dalla l. 24 dicembre 2007, n. 244), rappresenta un importante punto di partenza per riflettere sulla funzione del diritto di proprietà e sul suo inquadramento nel sistema interno e comunitario. In particolare, in questo senso, v., P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee: per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, p. 10 ss. Cfr., altresì, E. CATERINI, *Il contributo*, cit., p. 32 ss., il quale critica qualunque distinzione *a priori* tra esproprio singolo e di interesse generale affermando che il parametro valutativo deve essere ricercato nella eventuale esistenza di un interesse preminente. Mette in guardia contro il perseverare della dottrina che definisce ancora la proprietà come potere pieno ed esclusivo U. VINCENTI, *Res e dominus*, cit. p. 28 ss. L'a. trova una giustificazione a tale tendenza dottrinale di natura eminentemente politica: « quegli schemi che hanno rappresentato la geometria giuridica dell'individualismo borghese nobilitato dall'ascendenza giusnaturalistica, sono ora difesi, espuntane la superata (e deprecata) funzione egoistica, proprio da chi li ha combattuti, in nome – oggi – della tutela di un ordine formale, tutto sommato, gradito in quanto divenuto (paradossalmente) presidio dei nuovi assetti socio-economici conquistati per mezzo di costituzioni, leggi speciali, sentenze innovatrici ».